



**ANÁLISIS ACERCA DE LA APLICABILIDAD DEL DECRETO 092 DE 2.017 A**  
**LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ORGANISMOS MULTILATERALES,**  
**CUANDO LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE ESTOS ES MENOR AL 50%**  
**DE LOS RECURSOS**

**PROYECTO DE GRADO<sup>1</sup>**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO**

**BOGOTÁ D.C.**

**2018**

---

<sup>1</sup> De acuerdo al documento de Reglas Generales para la Monografía Jurídica como requisito de grado en la carrera de Derecho, en su artículo 2 de la Ley 522 que dispone: “*El estudiante que haya terminado las materias del pensum académico elegirá entre la elaboración y sustentación de la monografía jurídica o la realización de la judicatura*”, se realiza la presente monografía de grado



**PROYECTO DE GRADO**

**ANÁLISIS ACERCA DE LA APLICABILIDAD DEL DECRETO 092 DE 2.017 A LA  
CONTRATACIÓN ESTATAL CON ORGANISMOS MULTILATERALES, CUANDO  
LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE ESTOS ES MENOR AL 50% DE LOS  
RECURSOS**

**2018**

**Resumen:** Los contratos entre Entidades Estatales y Entidades sin ánimo de lucro de origen extranjero o internacional que se suscriben en un marco de cooperación internacional carecen de una causal de contratación directa en el Estatuto de Contratación Estatal colombiano. Por lo tanto, se estudiará si el proceso de contratación previsto por el Decreto 092 expedido en el año 2.017 es aplicable a estos casos y si funge como un proceso de selección de contratistas que cumpla con los lineamientos y principios tanto Constitucionales como de contratación estatal.

**Palabras Clave:** contratación estatal, cooperación internacional, entidades sin ánimo de lucro, debido proceso, selección de contratistas.

**Abstract:** The contracts between State Entities and non-profit entities of foreign or international origin that are subscribed in a framework of international cooperation are not based on a direct hiring relationship in the Colombian State Contracting Statute. Therefore, it will be seen if the application of the hiring process established by de Decree 092 issued in 2.017 can be applied to these cases. Specially, it will be studied if it can help as a selection process of contractors to them, and if it fulfills the guidelines and principles of the Constitution and the government contractual regime.

**Key Words:** government contractual regime, international cooperation, non-profit entities, due process, contractor selection.

## TABLA DE CONTENIDO

Introducción.....	6
I. Escenario normativo en Colombia de la contratación con organismos internacionales y personas de derecho público en internacional .....	11
a. Decreto 222 de 1983:.....	13
b. Constitución Política 1991 .....	19
c. Ley 80 de 1993 .....	23
d. Sentencia C 249 de 2004 .....	26
e. Ley 1.150 de 2007 .....	30
II. Decreto 092 de 2017: Contratación con entidades sin ánimo de lucro - ESALES.....	36
a. Antecedentes:.....	36
1. Artículo 355 Constitución Política de Colombia: .....	36
2. Decreto 777 de 1.992: .....	43
3. Decreto 1.403 de 1.992: .....	45
4. Artículo 96 de la ley 489 de 1998:.....	47
5. Convenios de cooperación internacional .....	50
b. Decreto 092 de 2.017.....	52
c. Proceso de Contratación de una Entidad Privada Sin Ánimo de Lucro .....	59

III. Aplicabilidad del régimen de contratación estatal con ESALES a la contratación con organismos multilaterales .....	63
IV. Conclusión.....	71
V. Bibliografía.....	74

**ANÁLISIS ACERCA DE LA APLICABILIDAD DEL DECRETO 092 DE 2.017 A  
LA CONTRATACIÓN ESTATAL CON ORGANISMOS MULTILATERALES,  
CUANDO LA PARTICIPACIÓN FINANCIERA DE ESTOS ES MENOR AL 50%  
DE LOS RECURSOS**

**Introducción**

El problema jurídico que se va a abordar se fundamenta en cuestionar el proceso de selección para contratar o celebrar un convenio con un organismo multilateral de crédito o persona extranjera de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional y se enfocará en particular en las entidades sin ánimo de lucro de carácter extranjero o internacional. Lo anterior, en la medida en que no se advierte en la disposición del artículo 20 de la Ley 1.150 de 2.007 una causal de contratación directa que así lo permita.

Esto adquiere relevancia en la medida que nuestra jurisprudencia advierte lo siguiente:

*La contratación directa es una modalidad de selección de carácter excepcional, en virtud de la cual las entidades públicas, en los casos expresamente señalados en la ley, pueden celebrar contratos sin necesidad de adelantar licitación o concurso, para la adquisición de bienes o servicios que por su cuantía, naturaleza o urgencia manifiesta, no precisa ni requiere de los formalismos y múltiples etapas y términos previstos para los demás procesos, aun cuando debe cumplir los principios que rigen la contratación pública.* (Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B.

Radicación: 20882582900123-31-000-2002-01142-01 37066, 2016)

Agregado a lo anterior, la vigencia actual del Decreto 092 de 2.017 conmina a que todo contrato o convenio que se celebre con una entidad sin ánimo de lucro, se realice por los procedimientos allí establecidos. Así lo dispone el artículo 2 del Decreto:

***Artículo 2. Procedencia de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad.*** *Las Entidades Estatales del Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal pueden contratar con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad en los términos del artículo 355 de la Constitución Política y del presente decreto, (...).* (Presidente de la República de Colombia, 2017).

En efecto, el Decreto No. 092 de 2017, prevé un régimen especial de contratación estatal cuando se trate de una entidad sin ánimo de lucro. Este régimen pretende reglamentar “(...) la forma como el Gobierno nacional, departamental, distrital y municipal contrata con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, para impulsar programas y actividades de interés público de acuerdo con el Plan Nacional o los planes seccionales de Desarrollo, en los términos del artículo 355 de la Constitución Política.”. (Presidente de la República, 2017). Para que este régimen exceptivo aplique, el artículo 2º trae tres requisitos principales: 1. Que el objeto del contrato corresponda a programas y actividades de interés público previstos en el Plan Nacional de Desarrollo, exclusivamente para promover derechos de las personas en situación de debilidad. 2. Que no sea el contrato una relación conmutativa. 3. Que en el mercado de bienes y servicios no exista otra oferta diferente a la que hacen las entidades sin ánimo de lucro o en el caso en que sí haya otra, ésta sea la que representa la mayor optimización de recursos públicos<sup>2</sup>.

---

<sup>2</sup> (Presidente de la República de Colombia, 2017).

Por su parte, Colombia Compra Eficiente, como principal entidad que promueve y es rectora del Sistema de Compra pública de Colombia<sup>3</sup>, trae la Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación, estableciendo las obligaciones y condiciones que tienen que seguir las entidades con estas características y aunque no prevé puntualmente lo correspondiente a los organismos multilaterales, sí determina las condiciones y obligaciones que las entidades de régimen especial deben cumplir para adelantar dicho procedimiento de selección de contratistas, que en todo caso se aparta de la regla general establecida por el artículo 2º de la Ley 1.150 de 2.007.

Por otra parte, uno de los principios más importantes que trae la Constitución Política de 1.991 es el reconocido debido proceso<sup>4</sup>. En realidad, tiene dos concepciones principales. La primera de ellas, es su denotación de derecho fundamental que incorpora todas aquellas garantías que son ineludibles para que cada individuo pueda gozar de una efectiva tutela frente a las actuaciones de las autoridades públicas, y la segunda, es el debido proceso en las actuaciones judiciales y administrativas. Esta última constituye una garantía formal para los particulares de Colombia, pues consiste en que se surtan todos los actos que hacen parte de un procedimiento específico y que la ley exige para que la Administración tome decisiones y que cada una de ellas sea válida a la luz del ordenamiento jurídico. (Chaves Villada, 2015).

---

<sup>3</sup> (Colombia Compra Eficiente, 2015).

<sup>4</sup> Artículo 29. *El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.* (Asamblea Constituyente, 1991).



La Corte Constitucional en Sentencia T-263 de 2.001 habla del debido proceso como un principio rector de la actuación Administrativa del Estado, que conforma una garantía infranqueable limitando el abuso que pueda generarse del poder de sanción con el que ésta cuenta. Además, explica que este derecho fundamental está conformado por varias garantías dentro de las cuales se encuentran: el acceso a procesos justos y adecuados, el principio de legalidad y formas administrativas que están previamente establecidas, el principio de contradicción, el principio de imparcialidad y los derechos fundamentales de los asociados.

Ahora, en cuanto a aquellos procesos administrativos en donde por orden constitucional debe observarse el debido proceso, está también la contratación estatal. En esta medida, en el Estado Social de Derecho la formación y expresión de la voluntad del Estado para celebrar contratos, debe estar fundamentada en el debido proceso y así también, el desarrollo de sus funciones públicas. Sin embargo, esta garantía ha sido afectada en lo denominado como etapa precontractual y principalmente, en las modalidades de selección de contratistas y las etapas que se deben agotar. Esto, en la medida en que las mismas deben someterse a términos que son preclusivos y además, cada decisión de la Administración al respecto tiene carácter obligatorio. (Chaves Villada, 2015).

El debido proceso entonces involucra necesariamente el agotamiento de una actuación administrativa previa a la expedición de la decisión que tome el Estado y de sus actos jurídicos, teniendo en cuenta que cuando el acto jurídico consista en un contrato, puede darse la situación en la que el Estado busque la cooperación de particulares e incluso, de entidades sin ánimo de lucro de origen internacional o extranjero<sup>5</sup>. Al ser uno de los elementos del debido proceso el

---

<sup>5</sup> “De acuerdo con el artículo 4° del C.C.A., ésta puede darse de cuatro formas:

- Por ejercicio del derecho de petición en interés general;

procedimiento establecido para lograr un fin y tomar una decisión, respetarlo, generará la presencia de la igualdad, eficacia y celeridad de las actuaciones que en esta materia realice la Administración Pública. Entonces, la selección que haga la misma de un contratista en esta materia, debe respetar y cumplir ese procedimiento, respetando en su totalidad el debido proceso, dejando de un lado la arbitrariedad y al mismo tiempo, realizando una aplicación cuidadosa de este principio. (Chaves Villada, 2015).

En este orden de ideas, el problema jurídico planteado responde a la necesidad de indagar sobre la aplicación o no del procedimiento establecido por el Decreto 092 de 2.017 y en aras de los significados y conceptos que indica la guía de Colombia Compra Eficiente, frente a los convenios regulados por el artículo 20 de la Ley 1.150 de 2.007 como anteriormente se señaló.

Con base en el problema anteriormente expuesto, el objetivo primordial de la investigación y análisis a desarrollar es determinar cuál puede ser la forma de selección de contratistas más favorable cuando estos sean entidades sin ánimo de lucro de origen extranjero. La favorabilidad en el entendido de que respete la Constitución Política de 1993 y los principios rectores de la contratación estatal, dentro de los cuales están por ejemplo el principio de reciprocidad, la igualdad y el debido proceso. Lo cual, puede llegar a ser un delimitante del principio de autonomía de voluntad de las partes que según lo señalado en la exposición de motivos de la Ley 80 de 1993 rige también los contratos en los cuales el Estado es parte. Lo anterior, partiendo de que la autonomía de la voluntad del Estado es distinta a la autonomía de la voluntad de los particulares y en esa medida, la primera se rige por el principio de legalidad del artículo 6 de la

- 
- Por ejercicio del derecho de petición en interés particular;
  - En cumplimiento de una obligación o deber legal; y,
  - Oficiosamente, es decir por iniciativa de las autoridades.”
- (Guerrero, 2009)

Constitución Política de 1993 que obliga al mismo a actuar siempre bajo el ordenamiento jurídico (Sentencia C, 2001).

Lo anterior se propone como una medida favorable en el entendido de que no solamente respeta las disposiciones supremas de la Constitución Política de 1.993, sino que también atiende los principios rectores de la contratación estatal, dentro de los cuales se encuentran la igualdad y el debido proceso mientras que al mismo tiempo, genera y desarrolla un escenario de cooperación internacional. Esto lo que hace en realidad es dar pie a un actuar claro por parte de la Administración a través de su autonomía de la voluntad, que aporta seguridad jurídica no solo a nivel local sino también, internacional.

#### **I. Escenario normativo en Colombia de la contratación con organismos internacionales y personas de derecho público en internacional**

La Contratación Estatal en Colombia no ha sido siempre regulada como materia principal e independiente. En realidad, la necesidad por unificar las normas existentes acerca de esta materia es lo que realmente ha llevado a la conformación del escenario normativo actual (Colombia Compra Eficiente, 2016). Es allí donde se regula la forma en que las entidades estatales deben contratar con organismos internacionales y con personas de derecho público internacional, es por esta razón, que se entrará a estudiar el escenario normativo, que ha tenido cambios en la historia de Colombia, y que hoy resulta en lo que se conoce como el Estatuto de Contratación Estatal.

La Contratación Pública tiene suficiente relevancia en el desarrollo de los fines del Estado, pues tal y como lo resalta la Corte Constitucional en Sentencia C 154 de 1997, dentro de la administración pública:

*(...) el Estado cuenta con Instrumentos apropiados para alcanzar esos fines a través del ejercicio de la autonomía para contratar que detenta. De esta forma, los contratos de la administración pública no constituyen por sí mismos una finalidad sino que representan un medio para “... la adquisición de bienes y servicios tendientes a lograr los fines del Estado en forma legal, armónica y eficaz...”.*

Sin embargo, también es cierto que la Contratación como función administrativa, es reglada y ésta es la única forma en que se pueden concretar los fines que hoy hacen parte del artículo 2 que trae la Constitución Política de Colombia como máxima norma del país (Colombia Compra Eficiente, 2016)<sup>6</sup>. La regulación que hay sobre ésta hace que factores como con quién contratar, cuándo contratar, de qué forma hacerlo y por qué precio, estén previstas en la ley y no dependan de la voluntad de los funcionarios públicos. Así lo resalta en esta misma sentencia la Corte Constitucional, al hablar de las limitaciones que tiene la autonomía de la voluntad de la administración:

*Dentro de la autonomía de la voluntad que tiene la administración para contratar, es necesario precisar que como función administrativa que ejerce, constituye una función reglada, lo que significa que debe someterse estrictamente a las*

---

<sup>6</sup> **ARTICULO 2o.** *Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.*

*Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. (Asamblea Constituyente, 1991).*

*estipulaciones legales sobre el particular, para la búsqueda del logro de las finalidades estatales mencionadas. Por consiguiente, el grado de autonomía que tiene la autoridad administrativa se ve ostensiblemente limitado frente a las reglas del derecho público, en materia de contratación. Así, la decisión de contratar o de no hacerlo no es una opción absolutamente libre sino que depende de las necesidades del servicio; de igual modo, la decisión de con quién se contrata debe corresponder a un proceso de selección objetiva del contratista, en todos los eventos previstos en la ley ; y tampoco pueden comprender el ejercicio de funciones públicas de carácter permanente, de manera que, la relación jurídica con quien se contrata es totalmente distinta a la que surge de la prestación de servicios derivada de la relación laboral y de los elementos propios del contrato de trabajo. Las estipulaciones sobre el precio, el plazo y las condiciones generales del contrato no pueden pactarse en forma caprichosa ya que deben ajustarse a la naturaleza y finalidad del contrato y a las que resulten más convenientes para la Entidad Estatal.*

(Sentencia C, 1997).

**a. Decreto 222 de 1983:**

Para empezar el recorrido por el escenario de la Contratación en Colombia, el primer gran antecedente que debe ser objeto de estudio es el Decreto 222 de 1983 (Congreso de la República, 1992). Que, a su vez, tiene dos antecedentes principales que merecen ser mencionados a continuación.

El primero de ellos es el Decreto 1670 de 1975, que presenta un panorama primitivo y general de la Contratación Pública en Colombia. Éste, dispone normatividad acerca de la capacidad para

contratar, de los contratos de la Nación y su delegación. Ahora, en cuanto al objeto de estudio que aquí compete, este Decreto hace mención a dos importantes elementos:

1. En el artículo 91 hace referencia a los llamados contratos con financiación del contratista y señala la posibilidad de que los proponentes de contratación que sean extranjeros, ofrezcan una financiación del contrato superior al 50% del valor total de la obra. En este caso, el ejecutivo dispone que dichos contratos solo se podrían celebrar en el caso en que los posibles contratistas del Estado se aliaran con personas nacionales. Adicionalmente, expone que esa asociación solo se entenderá surtida cuando la propuesta u oferta de negocio jurídico esté hecha en conjunto por el ente nacional y el extranjero, pero además, cuando se constituya una empresa mixta entre ellos para la ejecución del contrato. En caso de no ser así, esta norma prevé que se podrá entender también una asociación cuando la firma extranjera ceda el 50% del contrato a una persona natural. (Presidencia de la República, 1975).
2. Otro artículo relevante en materia de contratación con organismos internacionales en este Decreto, son los artículos 111 y 112 que hablan de los contratos de empréstito. El primero de ellos define este tipo de contratos como negocios jurídicos u operaciones de crédito que tienen por objeto proveer a la entidad contratante, recursos en moneda nacional o extranjera. El segundo, estipula dos clases de empréstito: interno y externo. El interno se refiere a aquellos contratos que aunque estuviesen pactados en moneda nacional o extranjera, se recibiera y amortizara en pesos colombianos mientras, que en los externos, serían aquellos que su valor se pactaran, recibiera y amortizara en moneda extranjera y además, fueran celebrados con entidades de crédito o proveedores extranjeros. (Presidencia de la República, 1975).

El siguiente antecedente de esta norma, que merece ser mencionado en este estudio, es el Decreto 150 de 1976, que también da un panorama general de la contratación que se realice por parte de la Nación pero además, dicta estas normas teniendo en cuenta la capacidad de las entidades descentralizadas para contratar. Este Decreto se refiere al objeto de este estudio en tres ocasiones principalmente:

1. En su artículo 91, hace referencia a los contratos con proponentes extranjeros. Aquí se plantea la protección a la industria nacional de la construcción, exigiendo un trato igualitario entre los proponentes extranjeros y los proponentes nacionales. Dice entonces, que sin perjuicio de lo que sea pactado en tratados internacionales o en los convenios que se suscriban con entidades gubernamentales de crédito o instituciones financieras internacionales públicas, el trato igualitario entre los diferentes proponentes siempre debe prevalecer y cumplirse. En el segundo inciso agrega también, que a falta de los convenios y reciprocidad que en la primera parte del artículo se prevén, solo podrán celebrarse contratos de obra con proponentes extranjeros cuando estos se asocien con personas nacionales. Esta disposición, se vuelve a referir a la forma de asociación de la que hablaba el artículo 91 del Decreto 1670 de 1975, pero aquí además de explicar que ésta existirá en la medida en que se formule la propuesta en conjunto, cuando para su ejecución se ofrezca constituir una empresa mixta o cuando la firma extranjera ceda o traspase a un nacional parte del contrato esta cesión debe ser del 20% en adelante del valor del contrato. (Presidencia de la República, 1976)
2. El artículo 111 de este Decreto habla de los contratos de empréstito. Vuelve a resaltar (tal y como en el Decreto 1670 de 1975 anteriormente mencionado) que el objeto de los contratos de empréstito es el de proveer a la entidad contratante recursos en moneda

nacional o extranjera y luego los clasifica en internos y externos, tal y como lo hacía el artículo del Decreto precedente. (Presidencia de la República, 1976)

3. Finalmente, el artículo 115 se refiere a la jurisdicción aplicable a los contratos y a la cláusula de arbitramento. En su párrafo, habla de los convenios que se celebran con entidades gubernamentales de crédito de países extranjeros y con instituciones financieras internacionales públicas y establece una excepción, pues dispone que éstos se sujetarán en su jurisdicción a lo que pacten en ellos y no necesariamente a la ley colombiana y a los tribunales nacionales, como es la regla general que trae el artículo. (Presidencia de la República, 1976).

En 1983 el Gobierno expide el decreto 222 de 1983, que llega como una solución a un escenario de poca claridad jurídica y con la necesidad de llenar vacíos jurídicos, en la medida en que el Decreto 150 de 1976 había traído nuevas concepciones alejando el concepto de contrato estatal del de contrato privado.

*(...) A pesar de las nuevas concepciones en los sistemas de contratación estatal, esta normatividad fue incompleta y por ende generó (sic) lagunas jurídicas, que posteriormente se convertirían en un problema de falta de seguridad jurídica tanto para el Estado como para los contratistas, razones por la cual se facultó (sic) al presidente para desarrollar un nuevo y único estatuto que rija en materia contractual pública, en virtud de dicha facultad nacería el Decreto Ley 222 de 1983. (Rincón, 2015).*

En cuanto a lo que interesa para efectos del estudio que aquí se hace, este Decreto en el artículo 16 habla de la clasificación y de la naturaleza de los contratos y en el numeral 10



dispone que gozan de la naturaleza de contrato administrativo aquellos que se celebren por instituciones financieras internacionales públicas, entidades gubernamentales de crédito extranjeras y organismos internacionales con entidades colombianas, cuando no se entiendan dentro de un marco de un tratado o convenio internacional.

Luego, en el artículo 19, vuelve a hacer mención a este tipo de contratos para establecer una excepción en el párrafo segundo, en la medida en que establece que la terminación unilateral por graves motivos sobrevinientes durante la existencia del contrato, cuando éste tuviese como parte alguna de las instituciones de financiación extranjeras de las que trataba el artículo 16.

El artículo 23 plantea los casos en que no tiene lugar la modificación unilateral de los contratos. Éste plantea de nuevo el trato que se le da a los contratos en los que configuran como parte una institución financiera internacional pública como una excepción a la regla general, pues establece que en estos casos no habrá lugar a la modificación unilateral del contrato pues la modificación solo se hará conforme a las estipulaciones del contrato, según la voluntad de las partes. Establece además, que esta excepción aplica también para los contratos de empréstitos.

En el Decreto 222 de 1983, cuando habla de empréstitos, hace especial referencia a los que detonan la calidad de internos. Sin embargo, en el artículo 232 y 233 habla de este tipo de contratos de una forma general. En el primero de ellos, explica cómo se surte el perfeccionamiento de los contratos de empréstito y dice que lo hacen a través de la publicación en el Diario Oficial y en el segundo dicta cuales son las estipulaciones prohibidas en este tipo de contratos.

Finalmente, este Decreto trae el concepto de oferta financiera que es válidamente aplicable a los contratos estatales que se celebran con organismos internacionales de crédito. En él dispone que sea oferta financiera aquella en la que se ofrece, por parte de las entidades financieras, proporcionar recursos en moneda, bienes o servicios con plazo para su pago.

Hasta aquí entonces, es posible ver que hay una transición no solo en la regulación del contrato estatal, buscando cada vez mayor precisión y regulación por parte del Ejecutivo, sino que además, el tema de los contratos con una institución financiera internacional pública, un ente gubernamental de crédito extranjero o un organismo multilateral e incluso, aquellos contratos de empréstitos que incluyan recursos de estos organismos internacionales, fue tomando más fuerza a través de los años en que se presentaron estos tres decretos. Lo que se puede ver entonces en este período es una transición que viene desde una regulación que da pautas generales de qué es el contrato estatal y las reglas básicas que lo regulan. Este primer momento, coincide con una visión muy primitiva acerca del contrato administrativo con organismos internacionales de crédito, en la cual, inicialmente solo se entienden incluidos en nuestra normatividad como un contrato de obra. Éste busca una participación conjunta con los nacionales cuando el organismo internacional ofreciere primero proveer más del 50% de los recursos y después este límite disminuye al 20%. El concepto del contrato de empréstito también se encuentra estipulado desde el primer momento que aquí estudiamos (el Decreto 1670 de 1975). Más adelante, el tema toma más forma en el sentido en que se habla de este tipo de contratos formando un régimen exceptivo, pues se le da un trato singular a este tipo de negocio jurídico frente a cláusulas relevantes de contratación pública, como lo son el trato igualitario, la jurisdicción aplicable a ellos y su cláusula de arbitramento.

Finalmente, el Decreto 222 engloba estos conceptos también dentro de una visión exceptiva a las reglas generales acerca de la contratación estatal, ahora en temas como lo son la terminación y modificación unilateral del contrato además, hace especialmente explícita la calidad de contrato administrativo que tienen los negocios jurídicos celebrados con estas entidades, siempre que estén por fuera de tratados y convenios internacionales. En cuanto a los contratos de empréstitos, mejora la claridad de su regulación pues determina el momento de perfección y además profundiza en aquellos que son internos. Finalmente, esta nueva regulación que pretende complementar lo dicho en los anteriores decretos, trae el concepto de oferta financiera, que finalmente es una herramienta esencial de los negocios jurídicos que se pretenden perfeccionar con entidades gubernamentales de crédito de otros países o instituciones financieras internacionales públicas.

#### **b. Constitución Política 1991**

Aunque la Constitución Política de 1991 tiene orígenes que corresponden más a un contexto histórico y por lo tanto también político, es un antecedente que merece ser resaltado en la medida en que le da, no solo la facultad, sino que también impone a cargo del Congreso de la República la labor de expedir el Estatuto General de Contratación Estatal y de esa forma, unificar la normatividad entorno a esta materia. Es por esta razón, que el artículo 150 de la Constitución Política cobra tal importancia para el Derecho Público y para la Contratación a cargo del Estado. Éste, establece que le corresponde al Congreso hacer las leyes y que es a través de ellas que ejerce sus funciones y es en el último inciso del artículo, que el Constituyente estipula que compete al legislativo expedir el Estatuto General y además, el Estatuto Especial de la Administración Nacional, como parte de éstas. (Asamblea Constituyente, 1991).

*Todo ello siendo un elemento propio del (sic) Estado Social de derecho, en ese ánimo de garantizar la propiedad privada y la libertad del empresa, además de garantizar los fines del Estado, el constituyente en 1991 le estableció una serie (sic) de obligaciones al congreso contenidas algunas de ellas en el artículo 150 de la Carta Política, para la investigación en particular nos atañe el inciso 2 del artículo antes mencionado el cual establece “(... Compete al Congreso expedir el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y en especial de la Administración Nacional (...)” es evidente la que la Asamblea Nacional Constituyente, impuso esta carga al poder legislativo con el fin de unificar toda la normatividad en materia contractual, en virtud de los evidentes problemas que presentaba la contratación en esa época. (Constitución Política de 1991). (Rincón, 2015).*

En este orden de ideas, llegan entonces otras disposiciones con la Constitución de 1991 que pretenden esclarecer y direccionar las actividades a desarrollar por parte del Estado para alcanzar sus fines y la forma en que éste manejaría sus relaciones internacionales y económicas, entre las cuales están:

1. Dentro del acápite que dispone los principios fundamentales de la Constitución, es decir las premisas y direcciones del resto de las normas que trae la norma de normas, el artículo 9 explica que las relaciones exteriores que tenga el Estado se fundamentan siempre en la soberanía nacional, el respeto de la autodeterminación y el reconocimiento de los principios del Derecho Internacional aceptados por Colombia. En esta medida, aquellos contratos que el Estado pretenda suscribir con otros Estados, con instituciones financieras internacionales públicas, entes gubernamentales de crédito extranjero u organismos

multilaterales, siempre tendrán como base un respeto por la soberanía nacional, respetando la autonomía de Colombia como Estado y los principios del Derecho Internacional. (Asamblea Constituyente, 1991).

2. El artículo 150 en el numeral 16, habla de una de las funciones del Congreso de la República y dice que es éste el encargado de dar su aprobación a los tratados que el gobierno celebre con otros Estados o entidades de derecho internacional. Pero más allá de esta premisa, en cuanto a lo que este trabajo de investigación ocupa, el artículo hace referencia a aquellos tratados o casos en los cuales el Estado transfiera atribuciones a organismos internacionales y señala que esto se hará con el objeto específico de promover una integración económica con otros Estados. También señala los principios que regirán estas relaciones dentro de los cuales están la equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. Esto cobra importancia en la medida en que los contratos que el Gobierno suscriba con los organismos internacionales de crédito tendrán entonces como fin realizar cierta integración económica y además, deberán siempre que regirse con base en los principios señalados aquí. (Asamblea Constituyente, 1991).
3. El artículo 226, que hace parte del capítulo 8 referente a las relaciones internacionales, trae principios sobre los cuales se establecerán las relaciones que el Estado a través de cualquiera de sus entidades, establezca con organizaciones internacionales o gobiernos extranjeros. Así, dispone entonces que el Estado promoverá la internacionalización de las relaciones tanto económicas, como políticas, sociales y ecológicas, y que esto se hará sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. (Asamblea Constituyente, 1991).
4. Es importante resaltar también que el artículo 295 de la Constitución, otorga a las entidades territoriales la capacidad de contratar con crédito externo, lo que quiere decir

que esta facultad no está reservada a nivel Nacional y que por lo tanto, las entidades territoriales también estarán encargadas de aplicar cada uno de los principios que para ello dispone el cuerpo normativo constitucional.

5. Finalmente, es importante hacer mención a la facultad que le da la Constituyente a la Banca Central en el artículo 373 de aprobar, a través del voto unánime de su junta directiva, aquellas operaciones de financiamiento que se hagan a favor del Estado colombiano. Lo anterior, en la medida en que es el Estado quien a través del Banco de la República vela por mantener la capacidad adquisitiva de la moneda colombiana y por lo tanto, debe ser riguroso en la supervisión de cada una de las divisas que entran al país a favor del Estado. (Asamblea Constituyente, 1991).

Este recorrido por los artículos más relevantes a tener en cuenta para la Contratación Estatal con organismos internacionales de crédito, hace explícito que es prioritario el respeto por la soberanía nacional y la capacidad de auto determinarse de los países que contratan. Resaltando , una necesidad por preponderar lo nacional y cuando esto necesite flexibilización alguna para dar paso a relaciones internacionales, debe hacerse con el único objetivo de buscar una integración económica o social y por lo tanto, debe desarrollarse sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional.

La Corte Constitucional describe la Contratación Estatal en aras de la Constitución Política de 1991 de la siguiente forma y con las características a saber:

*Esa facultad de contratación por parte del Estado se desarrolla dentro de un marco legal asignado al Congreso de la República para la expedición del estatuto general de contratación de la administración pública y en especial de la administración*

*nacional (C.P., art.150, inciso final), normatividad que subordina la actuación de las entidades estatales y en consecuencia la de sus servidores públicos en la ejecución de todas las etapas contractuales. Adicionalmente, tales funciones, como actividad estatal que son, tienden a lograr la obtención de resultados positivos bajo estricta sujeción, tanto para su regulación y realización, a los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que gobiernan la función administrativa en general. (Sentencia C, 1997).*

Queda entonces claro que es la Constitución quien a través del artículo 150, abre la puerta para la regulación de la contratación estatal como herramienta principal para desarrollar la función administrativa en general, respetando principios que orientan esta actividad para una mejor consecución de los fines estatales.

**c. Ley 80 de 1993**

Esta ley tiene como fin ser una norma orientadora, que establece principios y reglas generales para el Estado, dentro de lo cual permite la aplicabilidad del derecho privado en la contratación estatal, buscando así alejarse de la regulación casuística. (Eficiente, 2016).

La Corte Constitucional explica la razón de ser de la Ley 80 de 1993 de la siguiente forma:

*(...) el Legislador ordinario expidió el nuevo Estatuto General de Contratación Administrativa contenido en la Ley 80 de 1993, objeto de reglamentación gubernamental.*

*Esa legislación en materia contractual pretende armonizar las exigencias de la dinámica propia del funcionamiento del Estado en su nueva concepción, con los instrumentos legales apropiados para el mismo, partiendo de parámetros generales para su interpretación y aplicación en la contratación estatal, sustancialmente diversos del régimen contractual anterior (Decreto-Ley 222 de 1983 y demás*

*normas complementarias), de los cuales se destacan: la incorporación, en forma general, de la legislación privada para la regulación de los convenios y acuerdos de origen estatal, el reconocimiento y prevalencia de la autonomía de la voluntad para la celebración de los contratos celebrados por las entidades estatales y la eliminación de una tipificación legal de los llamados contratos administrativos, a fin de incorporar un criterio orgánico para su definición. (Sentencia C, 1997).<sup>7</sup>*

Esta ley llega entonces para darle una nueva concepción a la contratación estatal y aunque se sujeta a subsiguientes regulaciones, pretende traer a la función pública la incorporación de la legislación privada para desarrollar ciertos convenios y acuerdos. Esto lo hace además, dándole prioridad a la autonomía de la voluntad privada, elemento indispensable para la contratación del Estado, a través de sus entidades, con organismos internacionales de crédito o entidades gubernamentales extranjeras.

Le exposición de motivos de esta ley resalta la importancia y el objetivo de tener como bandera el principio de autonomía de la voluntad privada en la Ley 80 que se iba a expedir, así:

*El proyecto de ley busca recuperar la trascendencia de la autonomía de la voluntad como principal fuente creativa y regulador de las relaciones sociales. Por eso, las relaciones entre el organismo estatal y el contratista deberán fundarse en el acuerdo de sus voluntades, del que emanarán las principales obligaciones y efectos del acto jurídico. Por esa razón se reconoce en los artículos 13 y 34 del proyecto la*

---

<sup>7</sup> Esta exposición de motivos está sujeta necesariamente al principio de legalidad del artículo 6 de la Constitución Política de Colombia de 1993. Esto, en la medida en que la voluntad del Estado y las diferentes expresiones de ella, al diferenciarse de la autonomía de la voluntad privada de los particulares, solo está facultada a realizar aquello que le autoriza el ordenamiento jurídico y los diferentes instrumentos legales.



*plena aplicabilidad de las disposiciones comerciales y civiles en materia contractual.*

*En particular esta remisión obedece al reconocimiento del principio de la normatividad de los actos jurídicos, corolario indefectible del postulado de la autonomía de la voluntad, según el cual las manifestaciones de voluntad de los contratantes se transforman en ineludibles normas jurídicas, las que incluyen el sello de obligatoriedad de sus propios actos. (Congreso de la República, 1992).*

Entonces, tal y como sucede en materia comercial y civil, esta ley busca que en la contratación estatal lo que pacte la voluntad de las partes, se convierta en ley para las mismas. Lo cual cobra relevancia cuando se contrate con organismos multilaterales, instituciones financieras internacionales públicas o incluso, entidades gubernamentales de crédito extranjero, éstos podrían pactar con el Estado acerca de diferentes cláusulas de su negocio jurídico, dentro de las cuales podría pensarse en principio que estaría la de escoger cuál sería la jurisdicción aplicable para el mismo. Sin embargo, como se menciona al principio de este capítulo, la autonomía de la que aquí se habla, es limitada por ejemplo por el principio de legalidad, el control disciplinario, fiscal y penal. Es por esta razón que algunos autores caracterizan la Ley 80 de 1993 como un estatuto dual, separando la actividad reglada del derecho administrativo de la privatización contractual del derecho público.<sup>8</sup>

Bajo este marco orientativo, en el artículo 13 de la Ley, el Congreso se pronuncia acerca de cuál es la normatividad que puede aplicarse a los contratos objeto de este estudio. Así, primero

---

<sup>8</sup> “*El régimen del contrato estatal proferido en la Ley 80 de 1993 es dual: de una parte, tiene el carácter de una actividad reglada especial propia del derecho administrativo, que dispone la aplicación principal de las reglas de contratación de la referida ley, sometida al control disciplinario, fiscal y penal, pero este rasgo se matiza en el inciso 1º del artículo 13 de la Ley 80 de 1993, el cual abre las puertas a la privatización del derecho contractual público al permitir la aplicación subsidiaria del derecho civil y comercial (...).*” (Gómez Lee, 2012).

consagra la regla general que dispone que para aquellos contratos que celebren las entidades estatales serán aplicables las disposiciones comerciales y civiles, salvo en aquellas materias que son reguladas de forma particular por esta ley y además consagra, un trato exceptivo a los contratos que se celebren en Colombia y deban cumplirse en el extranjero, pues para ellos será aplicable la ley extranjera.

Ahora, en cuanto a los contratos que se celebren con organismos multilaterales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, el último inciso de este artículo dispone que podrán aplicar los reglamentos de tales entidades para efectos de los procedimientos de formación, adjudicación, ejecución, cumplimiento y pago.

Esta disposición parece entonces incluir los dos rasgos característicos de la Ley 80 de 1993 expedida como Estatuto de Contratación Estatal, pues por un lado trae la aplicabilidad del derecho privado en los contratos estatales y al decir “podrá” incluye la facultad de adoptar los reglamentos de la parte internacional con la que se contrata, haciendo parecer que queda sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes. Por otro lado, menciona que hay materias de la contratación estatal que sí quedan enteramente sujetas a la regulación que les dé este Estatuto. Este es, sin embargo, el avance a una regulación más determinada acerca de la materia, pues pasa de ser orientada por principios básicos de las relaciones internacionales y de la función administrativa, a darle unas bases prácticas en cuanto a la normatividad que ayudará a desarrollar la ejecución de cada uno de los contratos, incluyendo aquellos con organismos internacionales o entidades gubernamentales extranjeras.

**d. Sentencia C 249 de 2004**

El artículo 13 de la Ley 80 de 1993 estudiado en el acápite anterior, se demanda en sus incisos 2, 3 y 4 a través de la acción pública de inconstitucionalidad por ir presuntamente en contra de la norma superior. El artículo dispone:

***ARTÍCULO 13. DE LA NORMATIVIDAD APLICABLE A LOS CONTRATOS***

***ESTATALES.*** *Los contratos que celebren las entidades a que se refiere el artículo 2o. del presente estatuto se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias particularmente reguladas en esta ley.*

***Los contratos celebrados en el exterior se podrán regir en su ejecución por las reglas del país en donde se hayan suscrito, a menos que deban cumplirse en Colombia.***

***Los contratos que se celebren en Colombia y deban ejecutarse o cumplirse en el extranjero, podrán someterse a la ley extranjera.***

***Los contratos financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes.***

El demandante alega entonces que esta disposición viola principalmente los artículos 2, 4, 13, 25, 100, 150 y 226 de la Constitución Política. Ahora, en cuanto a lo que esta investigación atañe, el accionante alega la vulneración de la Constitución Política en la medida en que el último inciso del artículo le permite al Estado la posibilidad de someterse a los reglamentos de

ciertas organizaciones internacionales que pueden ser público o privadas, con respecto a todo el trámite contractual e incluso en cuanto al manejo del presupuesto colombiano, estableciendo un régimen excepcional sin soporte constitucional alguno. (Corte Constitucional. Sentencia C 249, 2004).<sup>9</sup>

Aunque esta disposición pretenda facilitar la contratación con extranjeros, el demandante considera que lo que ésta hace es generar un desequilibrio y hasta una discriminación para la situación jurídica de los nacionales colombianos frente a la de los extranjeros. Para el demandante, lo que esto hace es vulnerar aquellos principios que exigían reciprocidad y conveniencia nacional, precisamente aquellos a los que se hizo referencia en el acápite de la Constitución Política como antecedente de la normatividad de la Contratación Estatal.

Sin embargo, en este caso la Corte Constitucional decide que esta disposición es exequible condicionalmente, en la medida en que la discrecionalidad que dispone el artículo 13 en su último inciso es válida solamente para aquellos contratos en que los recursos sean percibidos de entes u organismos internacionales a título de empréstito o de donación, lo que se diferencia de aquellos recursos del presupuesto general de la Nación e incluso de presupuestos territoriales que no provengan de donación o empréstito. De lo contrario, no solamente habría un trato discriminatorio e injustificado, sino que realmente habría una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado, tal y como lo señala la corte en esta sentencia:

*Como bien se puede inferir, desde el punto de vista de los recursos vinculados a la contratación estatal, este inciso se refiere con exclusividad a los ingresos percibidos*

---

<sup>9</sup>Se debe tener en cuenta, que independientemente de cuál sea la modalidad de privatización que se utilice, la discrecionalidad administrativa siempre está atada a derecho. En esta medida, así la entidad estatal se acoja a alguno de esos reglamentos, siempre tendrá que observar en su cumplimiento el ordenamiento jurídico colombiano en aras del cumplimiento al principio de legalidad de la Constitución Política de 1993.

*por el Tesoro Público de parte de entes u organismos internacionales. Por lo mismo, este inciso es enteramente inaplicable en relación con aquellos contratos relativos a recursos del presupuesto general de la Nación o de los presupuestos territoriales, cuando tales recursos no correspondan a donaciones o empréstitos. Así por ejemplo, este inciso resulta inaplicable en relación con los contratos de administración de recursos estatales que las autoridades competentes no hayan aforado legalmente a título de donación o empréstito. Por lo tanto, al decir la norma que los respectivos contratos, “(...) podrán someterse a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y ejecución y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes”. Tal discrecionalidad sólo puede asumirse, y por ende, ejercerse válidamente, dentro de los precisos linderos de los contratos relativos a recursos percibidos de entes u organismos internacionales, lo cual usualmente ocurre a título de empréstito o de donación. Por ello mismo, toda interpretación en contrario del inciso en comento, únicamente podría propiciar una ejecución presupuestal extraña a la realización de los fines del Estado. (Corte Constitucional. Sentencia C 249, 2004).*

Este pronunciamiento de la Corte es de suma importancia para el desarrollo de esta investigación, pues ya no solo hay un estatuto general que pretende unificar y que va más allá del contrato de obra, donde se requería obligatoriamente la participación conjunta del organismo internacional con la Entidad Estatal colombiana, sino que hay una regulación que aunque es corta, abre la puerta a un régimen realmente exceptivo donde se puede adoptar una normatividad diferente a la nacional pero no es una facultad que se base en la simple discrecionalidad, sino en la condición de que el origen de los recursos que allí se utilicen sea a título de donación o

empréstito. Esto protege entonces el principio de soberanía nacional al evitar que haya un manejo del presupuesto estatal por parte de un organismo internacional.

**e. Ley 1.150 de 2007**

Esta ley deroga en parte la Ley 80 de 1993 con el objetivo principal de volver más eficiente y transparente la Contratación Estatal <sup>10</sup>. Adicionalmente, crea el Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) en su artículo 3 (Congreso de la República, 2007).

*(...) se advierte el propósito de la ley de mejorar la eficiencia y hacer más transparente la contratación pública. Del articulado se infieren dos objetivos adicionales: permitir que la contratación pública sea instrumento de política económica y social e incentivar en la misma el uso de mecanismos electrónicos.”*

(Suárez Beltrán, 2007).

La Ley 1.150 tiene varios antecedentes en la medida en que la ley que la precede fue objeto de varias regulaciones. Dentro de ellos, podemos destacar algunos señalados por el autor Juan Ángel Palacio Hincapié (2010):

El Decreto 679 de 1994 que regula el alcance de varios aspectos de la Ley 80, el Decreto 855 de 1994 que se centra en el régimen de contratación directa, el 1985 de 1994 que regula todo aquello relacionado con la delegación, el 92 de 1998 que entra a reglamentar el Registro Único de Proponentes, el Decreto 2178 de 2006 que crea el SECOP, el Decreto 4533 de 2008 que expide la regulación de la iniciativa privada. Adicionalmente, se deben rescatar algunas regulaciones a la Ley 1.150 de 2007, que está vigente desde el 16 de enero de 2008, dentro de

---

<sup>10</sup> Tal y como lo indica el artículo 32 de la Ley 1150 de 2007 (Congreso de la República, 2007).

los cuales están el Decreto 066 de 2008, que regula principalmente las modalidades de selección objetiva y la publicidad, el Decreto 2474 de 2008 que lo reemplaza, el Decreto 4444 de 2008 que pretendía reglamentar lo referente a la enajenación de bienes del Estado, el Decreto 4828 de 2008 que reglamenta las garantías y finalmente, el Decreto 4533 de 2008 que regula de nuevo la iniciativa privada (Palacio Hincapié, 2010).<sup>11</sup>

El propósito general del Estatuto que trae la Ley 1.150 es ajustar la Ley 80 y esto lo hace derogando expresamente las normas contrarias a la nueva legislación y trayendo nuevas disposiciones generales de la Contratación Estatal, para así lograr la eficiencia y transparencia que el Legislador le pretendía dar al mismo.

Una de las disposiciones que es reemplazada por la nueva disposición es el artículo 13 de la Ley 80, que se modifica con el propósito de derogar el último inciso de esta norma “(...) *con la clara intención de evitar que esta facultad se siga prestando para la evasión del Estatuto General de Contratación por la vía de los contratos en cuyo objeto se consagra, explícita o implícitamente, la llamada “administración de recursos”*”. (Suárez Beltrán, 2007).

Lo anterior, se refiere específicamente a la facultad que traía el artículo 13 de someterse a los reglamentos de las entidades con las que se contrataba en caso de que estos fueran organismos internacionales de crédito, personas extranjeras de derecho público u organizaciones internacionales de cooperación. Lo que busca inicialmente es la discrecionalidad limitada advertida por la sentencia C 249 de 2004 por lo tanto la redacción del artículo 20 de la nueva ley queda así:

---

<sup>11</sup> Estas normas fueron derogadas por la Ley 80 de 1993, que expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública y a su vez ésta fue derogada en parte por la Ley 1150 de 2007.

**ARTÍCULO 20. DE LA CONTRATACIÓN CON ORGANISMOS INTERNACIONALES.** *Los contratos o convenios financiados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al cincuenta por ciento (50%) con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. En caso contrario, se someterán a los procedimientos establecidos en la Ley 80 de 1993. Los recursos de contrapartida vinculados a estas operaciones podrán tener el mismo tratamiento.*

*Los contratos o convenios celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de derecho internacional cuyo objeto sea el desarrollo de programas de promoción, prevención y atención en salud; contratos y convenios necesarios para la operación de la OIT; contratos y convenios que se ejecuten en desarrollo del sistema integrado de monitoreo de cultivos ilícitos; contratos y convenios para la operación del programa mundial de alimentos; contratos y convenios para el desarrollo de programas de apoyo educativo a población desplazada y vulnerable adelantados por la Unesco y la OIM; los contratos o convenios financiados con fondos de los organismos multilaterales de crédito y entes gubernamentales extranjeros, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades.*

*Las entidades estatales no podrán celebrar contratos o convenios para la administración o gerencia de sus recursos propios o de aquellos que les asignen los presupuestos públicos, con organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacional.*



**PARÁGRAFO 1o.** *Los contratos o acuerdos celebrados con personas extranjeras de derecho público, podrán someterse a las reglas de tales organismos.*

**PARÁGRAFO 2o.** *Las entidades estatales tendrán la obligación de reportar la información a los organismos de control y al Secop relativa a la ejecución de los contratos a los que se refiere el presente artículo.*

**PARÁGRAFO 3o.** *En todo Proyecto de cooperación que involucre recursos estatales se deberán cuantificar en moneda nacional, los aportes en especie de la entidad, organización o persona cooperante, así como los del ente nacional colombiano. Las contralorías ejercerán el control fiscal sobre los proyectos y contratos celebrados con organismos multilaterales. (Congreso de la República , 2007).*

El autor Gonzalo Suárez Beltrán, estudia el impacto de esta ley en diferentes aspectos. Empieza por la prohibición de celebrar contratos y convenios para la administración de recursos y explica, que nunca podrá adoptarse la facultad de someterse a la regulación de los organismos con los que se contrata para administrar recursos pertenecientes a las entidades estatales. Para el autor, esto es importante en la medida en que si se llega a dar la situación, se entendería necesariamente que se hace con la finalidad de eludir el Estatuto General de Contratación Estatal y por lo tanto, esta distinción abre la puerta a la participación clara de los entes de control, donde según éste deben evitar al máximo que haya simulación a través de los contratos con organismos multilaterales de la administración de recursos estatales.

Dentro de la misma prohibición de disfrazar una real administración de recursos estatales a través de este régimen exceptivo, la norma dispone que estos contratos son financiados con

recursos de organismos de cooperación o asistencia técnica y que solo podrán someterse a los reglamentos de éstos cuando al menos el 50% de los recursos del contrato correspondan a aportes hechos por estas a título de donación o crédito.

*En lo sucesivo los aportes del cooperante deben alcanzar a lo menos el 50% del valor de todo el proyecto, lo cual debe leerse en conjunto con lo dispuesto en el parágrafo 3, sobre la valoración de los aportes en especie. Será entonces y solo entonces, cuando al superarse ese porcentaje, los dineros nacionales puedan seguir a título de contrapartida el régimen del cooperante. (Suárez Beltrán, 2007).*

Así, entendemos que en aras del interés público, tal y como lo señala Suarez Beltrán, cuando el aporte sea menor a 50%, no quiere decir que no pueda haber cooperación internacional, sino que la única legislación aplicable a ese contrato será la del Estatuto de Contratación Estatal colombiano.

El autor contempla el caso en que esos contratos sean financiados con recursos no de organismos de cooperación y asistencia, sino con recursos de organismos multilaterales de crédito. Explica entonces que la norma exceptiva del artículo 20 no aplica para los contratos o convenios financiados con fondos de estos organismos, en el entendido de que algunos de ellos pueden ser el Banco Mundial y el Banco Interamericano de Desarrollo. Lo anterior se debe a que Colombia se adhiere a los mismos a través de tratados públicos y en esa medida, se ha sometido a las normas de estos organismos en todo lo referente a la ejecución de los recursos que estos provean. Es una excepción que se hace por el sujeto con quien contrata el Estado, no por el objeto de contrato o los recursos de su ejecución. (Suárez Beltrán, 2007).

Durante el desarrollo del estudio de esta norma, Suárez Beltrán advierte que en caso de haber un tratado público de cooperación internacional debidamente adoptado por Colombia que disponga la adopción de una legislación específica para ejecutar los recursos de cooperación, se hará caso omiso al porcentaje que represente el aporte, pues se debe adoptar lo pactado en dicho tratado. La razón de ser de esta excepción a la norma, es que previa a la contratación de las entidades del Estado, hay un acuerdo de voluntades que se consigna en un tratado de cooperación internacional, pues de lo contrario, los tratados no tendrían razón de ser si la ley nacional tuviera prevalencia frente a lo pactado en aras de las relaciones internacionales.

Por su parte, el autor Juan Ángel Palacio Hincapié explica el sometimiento a las normas extranjeras (como se prevé en el artículo 20 de la Ley 1.150 de 2007), de la siguiente forma:

*El Estado y sus diversas Entidades, por razones de convivencia internacional, ayuda o colaboración y asistencia con entidades de la comunidad internacional, celebra contratos con algunos de los organismos, entes o sujetos internacionales, ya sean Estados, banca multilateral, Organismos No Gubernamentales internacionales (ONG), etc., los cuales tienen normas especiales de contratación o requisitos de procedimiento, selección del contratista o ejecución de los contratos, cuyo respeto exigen del país al cual le han de ofrecer la ayuda, colaboración asistencia o le han de hacer un empréstito en condiciones favorables para su desarrollo. Por tal razón, el Legislador previó el sometimiento en esos casos a los reglamentos de tales entidades en todo lo relacionado con procedimientos de formación y adjudicación y cláusulas especiales de ejecución, cumplimiento, pago y ajustes (inciso final del artículo 13 de la Ley 80), con el objeto de facilitar la relación contractual con dichas entidades. (Palacio Hincapié, 2010).*

Vale destacar entonces que en aras de la cooperación internacional y de las relaciones internacionales que pretende establecer el Estado, se busca encontrar la manera más fácil en que los contratos celebrados por las entidades estatales sean ejecutados. Por eso, aunque se busquen respetar los principios constitucionales de soberanía nacional, la equidad, la reciprocidad y la conveniencia nacional, ha habido una transformación en la contratación estatal al hablar de los contratos con organismos internacionales o entes gubernamentales extranjeros y se ha pasado de una regulación general que habla de los empréstitos y de la posibilidad de adherirse a leyes extranjeras, a un régimen completo constituido como exceptivo. Este régimen exceptivo pretende ser claro y en la medida en que se cumplan los requisitos para aplicarlo, la regulación extranjera o de cada organismo con el que se contrate, se aplicará no solo a la ejecución del contrato, sino a la totalidad del proceso de contratación.

Finalmente, se puede decir que este último gran antecedente cierra un ciclo de cambios en la legislación aplicable a este tipo de contratos, pero lo hace respetando los principios y normativas que traían sus antecedentes y adicionándole una rigurosidad que busca impedir la discrecionalidad en la administración de recursos públicos del Estado Colombiano.

## **II. Decreto 092 de 2017: Contratación con entidades sin ánimo de lucro – ESALES**

### **a. Antecedentes:**

#### **1. Artículo 355 Constitución Política de Colombia:**

La contratación estatal con entidades sin ánimo de lucro, regulada en el Decreto 092 de 2017, tiene su fuente principal en el artículo 355 de la Constitución Política y en la necesidad de que las actividades benéficas siguieran recibiendo el apoyo de Entidades Estatales, dentro del nuevo marco que traía la Carta Política de 1991:

*Artículo 355. Ninguna de las ramas u órganos del poder público podrá decretar auxilios o donaciones en favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado.*

*El Gobierno, en los niveles nacional, departamental, distrital y municipal podrá, con recursos de los respectivos presupuestos, celebrar contratos con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad con el fin de impulsar programas y actividades de interés público acordes con el Plan Nacional y los planes seccionales de Desarrollo. El Gobierno Nacional reglamentará la materia.*

Esta nueva perspectiva que traía el artículo 355, se caracterizaba principalmente por la falta de auxilios parlamentarios, los cuales hasta el momento habían estado presentes en la contratación del Estado. Sin embargo, pretendía la misma disposición que aquellas actividades benéficas que hubieran sido previstas en los planes de desarrollo no se vieran perjudicadas. Por lo cual, se busca a través de la regulación de la materia, que los encargados de desarrollar tales actividades sean idóneos y adicionalmente, se pretende verificar el destino de los recursos que hayan sido aportados por el Estado para ese fin. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Es por esta razón, que la doctrina acerca de la Constitución señala que lo que se busca con este artículo es permitir la contratación para actividades de esa calidad, pero que puedan ser realizadas por algunos sujetos de derecho privado que tengan ciertas calidades y que además, cuenten con mecanismos de control y verificación en su ejecución:

*El propósito es permitir que ciertos sujetos de derecho privado que desarrollan actividades beneméritas en el campo científico, cultural, educativo o de solidaridad social y humana, puedan recibir apoyo estatal, pero sometidos a mecanismos de*

*verificación del destino dado a los recursos y a las modalidades de su ejecución, inherentes a la contratación pública, evitando así que desvirtúe su función hasta convertirse en una herramienta de proselitismo político, de beneficio individual o de despilfarro de dineros públicos como aconteció en años anteriores. (Fuente, Campos, Becerra, & Ureña, 1992).*

En este orden de ideas, aunque el artículo de Constitución traiga la prohibición general de que las ramas del poder público destinaran recursos a particulares, esta prohibición no es absoluta en la medida en que cabe la posibilidad de que aquellos recursos que continúan teniendo la calidad de públicos, se ejecuten a través de contratos celebrados con Entidades Sin Ánimo de Lucro (en adelante, ESALES), tal y como lo señala el Consejo de Estado en el Concepto 1626 del año 2005:

*Si bien el precepto prohíbe de manera general a las ramas y órganos del poder público, destinar recursos a particulares, también lo es que el mandato no es absoluto, pues el inciso segundo admite excepciones, cuando se trata de ejecutar, mediante contratos celebrados con entidades sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad, actividades y programas de interés público, que estén en consonancia con el plan nacional y los planes seccionales de desarrollo. Las erogaciones que se autoricen para tales efectos, deben tener sustento en principios y derechos constitucionales y resultar indispensables para realizar los fines esenciales del Estado, sólo así se armoniza la prohibición de decretar auxilios o donaciones con el cumplimiento de los deberes propios de un estado social de derecho.*

Debido a la importancia del artículo, el mismo ha tenido un desarrollo jurisprudencial por parte de la honorable Corte Constitucional. Así, con respecto a la prohibición que éste trae acerca de las erogaciones de recursos públicos a favor de particulares, la Sentencia C- 372 de 1994 al estudiar la constitucionalidad del artículo 355, concluye que el mismo trae la prohibición al Estado para que otorgue los llamados auxilios parlamentarios, con el fin único de evitar que se continuara burlando la institucionalidad y las destinaciones ilegítimas de fondos del público. En esta sentencia, la Corte señala que esta situación se presentaba por simple liberalidad, pues no había criterios que ayudaran a que estas erogaciones al presupuesto nacional cumplieran el fin de procurar el bienestar e interés general, por lo que se daba paso a la arbitrariedad. Es por esta razón, que el segundo inciso de la norma constitucional que aquí estudiamos, busca principalmente que haya un control previo e incluso, posterior al destino y ejecución de aquellos recursos que son públicos y que son destinados a actividades en pro del interés general. (Corte Constitucional. Sentencia C-372, 1994).

En la Sentencia C-152 de 1994, La Corte señala que la prohibición de auxilios se vincula directamente con los principios de planeación y legalidad del gasto. Esto, en la medida en que los recursos deben ser orientados a cumplir deberes constitucionales y deben protegerse como tal. En este orden de ideas, indica que el principio de legalidad del gasto público está compuesto por tres elementos a saber: el principio de especialización, la fuerza jurídica restrictiva del presupuesto en materia de gastos y la proyección en ejecución presupuestal. Por lo mismo, las erogaciones solo se podrán utilizar para lo que son aprobadas y deben estar determinadas en cuanto a su cantidad, tiempo y materia. (Corte Constitucional. Sentencia C-152, 1994).

La Corte Constitucional en Sentencia C-506 de 1.994, flexibilizando un poco la posición anterior, reconoce la posibilidad de que el Gobierno Nacional asigne recursos públicos a favor

de particulares, sin contraprestación alguna. Sin embargo, señala que estas asignaciones podrían decretarse como tal solo cuando cumplan con dos requisitos específicos: que dicha autorización se hiciera con fundamento en la Constitución y que además, los contratos que se celebraran fueran suscritos solamente con fines del fomento a la investigación, actividad tecnológica y científica. (Corte Constitucional. Sentencia C 506 , 1994).

Más adelante, en Sentencia C-205 de 1.995, la Corte Constitucional encuentra en la norma de máxima jerarquía razones suficientes para permitir que se haga posible la autorización de que se realicen las erogaciones a las que hace referencia el artículo 355 de la misma. Sin embargo, ahora este cuerpo colegiado no exige que necesariamente se hagan estas erogaciones a través de los contratos señalados en la Sentencia – 506 de 1.994, sino que pueden efectuarse cuando el auxilio por el que se hace la erogación sea legalmente concedido, pero además, sea necesaria la suscripción de dicho contrato para cumplir una finalidad del Estado Colombiano. (Sentencia C, 1995).

Más adelante la Corte agrega un requisito a los anteriores dos señalados en la Sentencia C-205 de 1.995, que consiste en que dicha erogación de recursos públicos no se lleve a cabo como un acto de mera liberalidad del Estado sino, que por el contrario, busque que con ella se pretenda ejecutar un contrato en cumplimiento de los deberes constitucionales que expresamente tiene el Estado y que son una herramienta para asegurar la igualdad material de quienes lo conforman. (Sentencia C, 1996).

En el año 1.999 la Corte hace un reconocimiento expreso al hecho de que la Constitución Política de 1.991 sí autorizaba al Estado para hacer erogaciones que se revistieran de subvenciones, subsidios o estímulos económicos a particulares. Sin embargo, al no haberse



regulado la forma en que se podían decretar dichas destinaciones, esta tarea quedaría a cargo del Congreso de la República. (Sentencia C, 1999).

También, la Sentencia C- 712 de 2.002 señala aspectos importantes al respecto del artículo 355. El aspecto más relevante que en esta sentencia la Corte Constitucional señala, es que la prohibición de auxilios parlamentarios no significa de manera alguna que se anule la función benéfica que pretende cumplir el Estado Social de Derecho y que incluso, una de las formas en las que ésta se puede llevar a cabo es a través de la contratación con ESALES. Adicionalmente, explica la naturaleza de los auxilios parlamentarios y dice que son una erogación fiscal que se hace a favor de un particular pero que, además, no se basa en ninguna prestación para ser decretada. A esta denotación, la Corte agrega que se pueden entender como erogaciones también las transferencias a particulares que no sean precedidas por un control de recursos o que dicho control no pueda ser realizado tampoco en un momento posterior a la asignación del recurso. Igualmente, señala que las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas no se revisten de la naturaleza de auxilios parlamentarios. Así mismo, explica la razón de ser de la prohibición del artículo superior y señala que ésta nace como respuesta directa al abuso y la liberalidad con la que se manejaba la destinación de los recursos que hacían parte de dichos auxilios.<sup>12</sup>

---

<sup>12</sup> (1) La prohibición de los auxilios y donaciones, es la respuesta al abuso derivado de la antigua práctica de los "auxilios parlamentarios", y en buena medida explica su alcance. (2) La prohibición de los auxilios y donaciones, no significa la extinción de la función benéfica del Estado, la cual puede cumplirse a través de la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y reconocida idoneidad (3) El auxilio o donación, materia de la prohibición, se caracterizan por la existencia de una erogación fiscal en favor de un particular sin que ella tenga sustento en ninguna contraprestación a su cargo. Igualmente, corresponden a estas categorías, las transferencias a particulares, que no estén precedidas de un control sobre los recursos o que éste no pueda realizarse con posterioridad a la asignación. Finalmente, se califican de esta manera, las prácticas que por los elementos que incorporen, puedan tener la virtualidad de revivir la proscrita figura de los auxilios. (4) Por vía negativa, no se consideran auxilios o donaciones, las transferencias presupuestales que se hacen a entidades descentralizadas. (5) No se estima que se viole el

En el año 2.008 la Corte Constitucional trae a través de la Sentencia 507, los cuatro requisitos que considera necesarios para que haya lugar a que se autorice cualquier excepción al artículo 355 constitucional. Así, señala entonces que cualquier asignación de recursos que se haga como erogación presupuestal, tal y como lo plantea el artículo, requiere que se respete el principio de legalidad. Ahora, si se llega a tratar de una asignación que hace parte del desarrollo de una política pública, debe estar previamente establecida en el Plan Nacional de Desarrollo y en el Plan de Inversión. También, establece como requisito que cualquier erogación que sea hecha a favor de un beneficiario y que no cuente con una contraprestación, debe fundarse necesariamente en un mandato constitucional claro y suficiente. Finalmente, exige que en cualquiera de estas asignaciones que hacen parte del artículo 355 superior se respete el principio de igualdad. (Corte Constitucional. Sentencia C 507 , 2008).

Finalmente, la Corte Constitucional hace explícito en Sentencia C- 324 que muchas de aquellas erogaciones que se hacían a particulares sin ninguna contraprestación existente, surgían como desarrollo de deberes y finalidades sociales del Estado, siempre en aras del bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del país, por lo que eran autorizados por la Constitución misma. (Corte Constitucional. Sentencia C-324, 2009).

En suma, es claro que la prohibición del artículo que aquí se estudia no es absoluta, pero para que quepan excepciones frente a la misma, las erogaciones presupuestales deben cumplir necesariamente con los requisitos jurisprudenciales que son señalados en las anteriores sentencias y se pueden numerar así:

---

*artículo 355 de la C.P., cuando el Estado otorga subsidios, estímulos económicos, ayudas o incentivos, en razón del cumplimiento de deberes o principios de origen constitucional que describen actividades públicas irrenunciables.* (Corte Constitucional. Sentencia C-712, 2002).

1. Que se basen o estén fundamentados en una norma o un principio constitucional (Corte Constitucional. Sentencia C 507 , 2008).
2. Que sean necesarios o imperiosos para cumplir con una finalidad esencial del Estado Social de Derecho (Corte Constitucional. Sentencia C 507 , 2008).
3. Que cumplan con el principio de legalidad, es decir, que no sea un acto de mera liberalidad sino que por el contrario, se haga en cumplimiento de deberes constitucionales expresos (Corte Constitucional. Sentencia C 507 , 2008).
4. Que estén previstos en el Plan Nacional de Desarrollo si se hace en aras a la ejecución de una política pública (Corte Constitucional. Sentencia C 507 , 2008).
5. Que respete siempre en principio constitucional de la igualdad (Corte Constitucional. Sentencia C 507 , 2008).

En esta medida, más allá de que haya una prohibición constitucional de otorgar los llamados auxilios parlamentarios, lo que realmente cobra importancia para efectos del presente estudio es el hecho de que esa prohibición no sea absoluta y se armonice precisamente a través de los contratos celebrados por el Estado con ESALES para llevar a cabo actividades que, cumpliendo con los fines de un Estado Social de Derecho, tengan como único propósito cumplir con el interés público.

Esta posibilidad de contratar con ESALES ha sido regulada a través de diferentes normas, dentro de las cuales se hará mención a algunas de ellas en los siguientes numerales.

## **2. Decreto 777 de 1.992:**

Este Decreto reglamenta la celebración de aquellos contratos que el Estado pretenda suscribir con ESALES, es decir aquellos que trae el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución.

El primer artículo del Decreto 777 de 1.992 se destaca por establecer la contratación con este tipo de entidades como un régimen exceptivo, por lo que los contratos que con ellas se celebren se realizarán por escrito y según lo dispone el Decreto, sin que les aplique las formalidades que de forma general son exigidas para la contratación con particulares. Además, establece que la contratación por parte del Estado solo se hará con aquellas ESALES que sean de reconocida idoneidad, explicando que la misma se refiere a aquella experiencia que tengan las entidades, pues ésta debe contar con resultados satisfactorios que logren acreditar acertadamente la capacidad técnica y administrativa de estas para llevar a cabo el objeto del contrato.

En el segundo artículo del Decreto 777 de 1992, hace referencia a aquellos contratos que están excluidos de la regulación del presente Decreto. Dentro de los cuales se encuentran por ejemplo, los contratos que impliquen una contraprestación a favor de la entidad pública (se suscriben con personas jurídicas con ánimo de lucro), transferencias hechas a personas de derecho privado en cumplimiento de un mandato legal, desarrollo de una función pública o suministro de servicios públicos y se desarrollen con recursos del presupuesto nacional, departamental, distrital o municipal. También, están las apropiaciones presupuestales decretadas a favor de las personas jurídicas, que son creadas por entidades públicas y las transferencias que realice el Estado a personas naturales en cumplimiento de obligaciones con naturaleza de subsidio o asistencia.

El artículo cuarto trae una condición indispensable para que se lleve a cabo la contratación por parte de una entidad descentralizada con una ESAL. Ésta, se refiere a la necesidad de que haya autorización expresa por parte del representante legal de la entidad territorial para suscribir y ejecutar el contrato. En este orden de ideas, el Decreto trae también otros requisitos como la exigencia de que la ejecución y el cumplimiento del contrato se verifique a través de un interventor, que antes de la suscripción del contrato sea necesario la presentación de un

certificado de disponibilidad presupuestal y que la ESAL con la que se contrate esté constituida con una antelación de mínimo 6 meses.

Finalmente, en cuanto a las disposiciones generales del Decreto, el mismo limita la contratación entre las entidades estatales y las ESALES que tengan como representante legal o miembros de la junta directiva, personas con la calidad de servidores públicos con autoridad civil o pública, miembros de corporaciones públicas y cónyuges o compañeros permanentes de las personas que ejerzan cargos directivos de la entidad pública con la que se pretende contratar. Bajo esta misma línea de limitaciones, el artículo once resalta que con los recursos públicos que reciba la ESAL se efectuarán únicamente aquellos gastos que sean destinados al cumplimiento del objeto del contrato y que cuando haya incumplimiento por parte de la misma, la entidad contratante lo podrá terminar unilateralmente.

### **3. Decreto 1.403 de 1.992:**

Por medio de este decreto se modifica el Decreto 0777 de 1.992 anteriormente estudiado. Así, el primer artículo trae cambios en el inciso segundo y tercero del artículo primero anterior, estipulando que aquellos contratos entre entidades públicas y ESALES que tengan una cuantía igual o superior a 100 SMLMV deberán ser publicados en el Diario Oficial, estableciendo realmente un requisito para darle publicidad a aquellos potenciales contratos en los que se vea involucrada una gran cantidad de recursos públicos. Adicionalmente, lista qué contratos deben someterse a la aprobación del Consejo de Ministros. Es en este artículo se vuelve a referir a la idoneidad y experiencia con la cual deben contar las ESALES para ser aptas para ser parte en el contrato con la Entidad Estatal, diciendo que esa entidad sin ánimo de lucro debe ser reconocida por tener experiencia con resultados satisfactorios que acreditan la capacidad técnica y

administrativa de la misma, para realizar el objeto del contrato y que ésta debe ser evaluada por escrito debidamente motivado por la Entidad Estatal facultada para contratar.

El segundo artículo modifica el numeral tercero del artículo 2 del Decreto 777 de 1.992, hablando de las apropiaciones presupuestales como uno de los contratos que están excluidos de la regulación del Decreto 777. Lo que se resalta aquí, es que esas apropiaciones pueden ser a favor de personas jurídicas que son creadas por varias entidades públicas (cooperativas públicas, corporaciones y fundaciones de participación mixta). Lo que es contrario al artículo 2 que trae luego la Ley 80 de 1993, en la medida en que acá sí hay autonomía de dichas entidades.

El artículo tercero adiciona al listado de los contratos excluidos de la presente regulación, aquellos contratos que la entidad pública celebre con otras personas jurídicas con el fin de desarrollar un proyecto específico por cuenta de la primera y bajo sus precisas instrucciones. En esta disposición se incluye un párrafo al artículo original que señala que las empresas industriales y comerciales del Estado y las sociedades de economía mixta, sujetas al régimen de dichas empresas, se consideran entidades públicas.

El artículo cuarto dispone que la autorización expresa del representante legal de la Nación o entidad territorial correspondiente, debe ser otorgada para que la entidad descentralizada pueda celebrar el contrato con cargo a los recursos del Presupuesto General de la Nación, departamentos, distritos o municipios, es también aplicable cuando esta entidad revista la calidad de establecimiento público, empresa industrial y comercial del Estado o sociedad de economía mixta sujeta al régimen de las empresas industriales y comerciales del Estado. Adicionalmente, explica que la llamada entidad territorial correspondiente es aquella de la que forma parte la entidad descentralizada y que en los casos donde se esté frente al desarrollo de

un convenio interadministrativo que haya sido celebrado por una entidad descentralizada por cuenta de otra entidad pública, los contratos que se suscriban con ESALES deberán ser autorizados por la autoridad a quien correspondería dar esa autorización en caso de que la entidad que suministra los recursos contratase de manera directa.

Finalmente, en el artículo 5 este Decreto hace extensiva su regulación a los contratos con ESALES que celebre una entidad fiduciaria por cuenta de una entidad pública, en virtud de un contrato de fiducia o encargo fiduciario.

#### **4. Artículo 96 de la ley 489 de 1998<sup>13</sup>:**

Éste trae la facultad que tienen las entidades estatales de asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la figura de asociación o creando personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades que pretenden cumplir las funciones y cargas que les son asignadas legalmente. Es así, siempre que se observen en la ejecución de ese objeto contractual los principios del artículo 209<sup>14</sup> constitucional.

---

<sup>13</sup> **“ARTÍCULO 96.- Constitución de asociaciones y fundaciones para el cumplimiento de las actividades propias de las entidades públicas con participación de particulares.** Las entidades estatales, cualquiera sea su naturaleza y orden administrativo podrán, con la observación de los principios señalados en el artículo 209 de la Constitución, asociarse con personas jurídicas particulares, mediante la celebración de convenios de asociación o la creación de personas jurídicas, para el desarrollo conjunto de actividades en relación con los cometidos y funciones que les asigna a aquéllas la ley.

*Los convenios de asociación a que se refiere el presente artículo se celebrarán de conformidad con lo dispuesto en el artículo 355 de la Constitución Política, en ellos se determinará con precisión su objeto, término, obligaciones de las partes, aportes, coordinación y todos aquellos aspectos que se consideren pertinentes. (...).”*

<sup>14</sup> **Artículo 209.** La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

El segundo inciso hace referencia a que todas aquellas asociaciones y contrataciones de las que aquí se trata, deberán celebrarse de conformidad con el artículo 355 de la Constitución Política estudiado previamente, en donde no solo se dispone la prohibición de auxilios parlamentarios, sino que se permite la suscripción de contratos con Entidades privadas sin ánimo de lucro que cuenten con reconocida idoneidad. Adicionalmente, el artículo señala que en estos casos se deberán sujetar los contratos a las disposiciones previstas en el Código Civil.

Finalmente, da las pautas acerca de cuáles son los elementos mínimos que debe tener el acto constitutivo de una persona jurídica.

En este orden de ideas, dicho artículo le da la facultad a las entidades estatales de contratar o asociarse con personas jurídicas particulares, señalando que se puede tratar incluso de personas jurídicas que tengan la calidad de entidad privada sin ánimo de lucro. Lo cual cobra importancia, en la medida en que se va más allá de la simple facultad que tiene el Estado de Contratar para llevar a cabo encomiendas constitucionales y legales, sino que este artículo el que explica a través de qué se puede lograrse, estableciendo a las entidades estatales de cualquier naturaleza y orden administrativo como herramienta para llevar a cabo esta función.

Este artículo es examinado en cuanto a su constitucionalidad en la sentencia C - 671 de 1999 y en cuanto al objeto de estudio de esta tesis, es importante resaltar dos puntos que son tratados en ella. El primero de ellos es la idea de cultura que señala:

---

*Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.*



*Uno de los aspectos novedosos de la Constitución de 1991, fue el de consagrar entre los derechos fundamentales el de "acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades", norma ésta en la cual, además, en forma precisa y de manera indiscutible, expresó el constituyente que "la cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad" por eso a continuación la Constitución Política le ordena a las autoridades del Estado promover "la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación". Es decir, en adelante y a partir de la Constitución de 1991, la cultura no es asunto secundario, ni puede constituir un privilegio del que disfruten solamente algunos colombianos, sino que ella ha de extenderse a todos, bajo el entendido de que por constituir uno de los fundamentos de la nacionalidad su promoción, desarrollo y difusión es asunto que ha de gozar de la especial atención del Estado.*

(Corte Constitucional, 1999).

Esta es una nueva concepción de cultura, en la medida en que exige una posición activa del Estado para que sea él quien la haga extensiva a todos los colombianos y además, asegure un acceso a ella de manera igual. En este orden de ideas, el congreso otorga la herramienta para llevarlo a cabo a través de las asociaciones y contratos que puedan celebrar las entidades estatales con personas jurídicas de derecho privado y es la Constitución Política la que faculta para que las mismas puedan revestir la calidad de entidades privadas sin ánimo de lucro.

Por otra parte, la Corte Constitucional decide que el artículo 96 de la Ley 489 de 1.998 es exequible principalmente por dos razones. La primera de ellas, rectifica lo dicho anteriormente en este texto y es que, la contratación prevista en este artículo es un simple instrumento que el legislador autoriza para cumplir con los fines del Estado. Así, la contratación que hagan las

entidades estatales en desarrollo de esta disposición legal, es dándole siempre prevalencia al interés general, pues lo hace para el beneficio colectivo y con miras al interés general. Adicionalmente, rectifica lo propuesto anteriormente en este texto, pues establece que el hecho de que se desarrolle en aras al artículo 355 de la Constitución política, no solamente evita que haya auxilios o donaciones a favor de personas de derecho privado (sean naturales o jurídicas), sino que además, la Corte dice que ese mismo artículo impone a las entidades estatales la celebración de contratos con ESALES, siempre que tengan como fin impulsar actividades de interés público. (Corte Constitucional, 1999). Así pues, este artículo establece una de las herramientas a través de las cuales el Estado puede llevar a cabo la carga que la Constitución le impone, pues son las ESALES las que están previstas para ser contratadas por entidades estatales para impulsar todas aquellas actividades que hacen parte de la cultura y que priorizan el interés general.

## **5. Convenios de cooperación internacional**

La Sentencia C-239 de 2006 hace referencia a los casos en que se suscriben convenios de cooperación. Señala que esta figura consiste en acuerdos de voluntad que hace una entidad nacional, internacional o extranjera con el Estado, en donde la primera le aporta a éste bienes, servicios o recursos para el diseño o ejecución de programas de desarrollo. Éstos se caracterizan por no tener como contraprestación por parte del Estado el pago de recursos públicos, y en esta medida, cuentan con una regulación especial en cuanto a su contratación. Ahora, en caso de que estos convenios se hagan a nivel internacional, deben realizarse en desarrollo de una ley que apruebe un tratado marco de cooperación para tener validez en el derecho interno. Para lo cual,

la ley habilitante deberá cumplir los requisitos constitucionales. (Corte Constitucional. Sentencia C-239 , 2006).<sup>15</sup>

También, la sentencia señala que la doctrina se refiere en particular a los anteriormente exhibidos como convenios de cooperación cuando se refiere a la contratación estatal financiada por fondos de organismos multilaterales de crédito o celebrados con personas extranjeras de derecho público u organismos de cooperación, asistencia o ayuda internacionales. Lo anterior, cuando estas entidades entreguen bienes o servicios para lograr un objetivo común. Así también, aclara que estos convenios son una forma especial de contrato que hace parte del concepto de cooperación técnica. Además, la Corte reconoce aquí que las entidades estatales pueden contratar con este tipo de entidades y regirse o por la ley 80 de 1.993 o por normas especiales que establezcan las entidades cooperantes (Corte Constitucional. Sentencia C-239 , 2006).

Esto cobra importancia para el presente estudio, en el momento en que la Entidad Estatal suscriba un convenio de cooperación con una ESAL, pues su contratación, ejecución e incluso liquidación se desarrollarían según los parámetros del Decreto 092 de 2.017. Sin embargo, esto sucederá siempre que el contrato que se suscriba no implique una relación conmutativa, pues en ese caso entraría a regir la normatividad de la Ley 80 de 1.993 y la Ley 1.150 de 2.007 (Colombia Compra Eficiente).<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> “La disposición transcrita, como lo ha señalado la doctrina especializada así como los órganos de control, se refiere en particular a los llamados “convenios de cooperación”. En efecto, la expresión “convenios” entendida en el marco de la cooperación técnica, no es sino una forma especial de contrato “mediante la cual, bajo la modalidad de aportes, dos entidades entregan bienes o servicios, con el propósito de lograr un objetivo común, generalmente adelantar un proyecto en cumplimiento de la voluntad de la fuente donante”. ”. (Corte Constitucional. Sentencia C-239 , 2006).

<sup>16</sup> “Artículo 1498: El contrato oneroso es conmutativo, cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer una cosa que se mira como equivalente a lo que la otra parte debe dar o hacer a su vez (...)” (Congreso de la República, 1887).

**b. Decreto 092 de 2.017**

Teniendo en cuenta la prohibición constitucional de decretar auxilios y donaciones a favor de personas naturales y jurídicas de derecho privado, y así también, la posibilidad de que las entidades estatales contraten con ESALES para contribuir con el bienestar general y cumplir con los fines del Estado Social de Derecho, el Gobierno Nacional expide este Decreto (Presidencia de la República, 2017). Lo anterior, bajo el entendido de que las Entidades Estatales están facultadas para celebrar convenios de asociación para el desarrollo conjunto de actividades en relación con las funciones que le asigna la ley<sup>17</sup>.

Este Decreto pretende reglamentar la forma en que el Gobierno a nivel nacional, departamental y municipal, contrata con ESALES para impulsar aquellas actividades y programas de interés público. (Presidente de la República de Colombia, 2017).

Para esto, el Decreto delimita la procedencia de la contratación con ESALES en su segundo artículo y establece que el proceso de contratación debe cumplir las siguientes condiciones para que se pueda llevar a cabo:

1. El objeto del contrato debe buscar exclusivamente desarrollar actividades que correspondan con los programas de interés público que estén previstos en el Plan Nacional de Desarrollo y con los cuales se pretenda promover los derechos y bienestar de la población. (Presidencia de la República, 2017).
2. Los contratos que bajo este Decreto se regulen, no pueden implicar una relación conmutativa, es decir, no puede haber una contraprestación directa a favor de la Entidad Estatal, ni por parte

---

<sup>17</sup> Ley 489 de 1998, artículo 96.

de esta pueden haber instrucciones específicas para que el contratista cumpla el objeto contratado. En esta medida, no puede haber una relación contractual que acarree ni una contraprestación ni una subordinación entre las partes. (Presidencia de la República, 2017).

3. No puede existir en el mercado una oferta distinta a la que hace la entidad privada sin ánimo de lucro para contratar. Ahora, en caso de que exista otra oferta en el mercado de bienes, obras y servicios, la contratación que se haga, debe representar una optimización de recursos públicos en términos de eficacia, economía, eficiencia y manejo de riesgo. La Entidad Estatal está encargada de indicar de forma expresa en los documentos de la contratación, que estos cuatro elementos son cumplidos por la ESAL con la que vaya a contratar y así justificar la futura contratación. Ahora, la Entidad Estatal que vaya figurar como parte en el contrato, requiere autorización expresa por parte del representante legal para suscribir el mismo. (Presidente de la República de Colombia, 2017).

La entidad descentralizada de la rama ejecutiva Colombia Compra Eficiente, publicó la Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, en su página 6 y explica que la contratación que en este Decreto se regula está restringida a:

- (i) la contratación con entidades sin ánimo de lucro para impulsar programas y actividades de interés público acordes con los respectivos planes de desarrollo y*
- (ii) la contratación a la cual por expresa disposición del legislador le es aplicable este régimen, como el caso del artículo 96 de la Ley 489 de 1998. (Colombia Compra Eficiente, 2017).*

Así mismo, resalta el carácter excepcional que trae el segundo inciso del artículo 355 de la Constitución Política e indica que por esa misma particularidad, es que la naturaleza jurídica de

la entidad del contratista no es lo que determina el régimen de contratación por el cual se rige el contrato a desarrollar. Adicionalmente, aclara que aunque el artículo 355 hace referencia exclusivamente a la contratación que hacen los gobiernos y por lo tanto, las entidades estatales que no pertenezcan a la rama ejecutiva no están en principio autorizadas para celebrar los convenios y contratos del Decreto 092 de 2.017, al ser permitida la celebración de convenios de asociación por el artículo 96 de la Ley 489 de 1.998 y remitirse al artículo 355 constitucional, en estos casos el Decreto 092 también será aplicable y dichos convenios no estarán limitados a entidades estatales de los gobiernos nacional, departamental y municipal. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Más adelante, el artículo 3 del Decreto 092 explica el concepto denominado como “reconocida idoneidad”, pues la ESAL con la que una Entidad Estatal pretenda contratar debe revestirse de ella. Así, la entidad debe ser adecuada y apropiada para desarrollar el objeto del contrato y además, debe contar con experiencia en ello. En este orden de ideas, la Entidad Estatal deberá definir en los documentos del proceso, cuáles características debe acreditar la ESAL para demostrar que cuenta con una reconocida idoneidad. Para lo anterior, el Decreto exige que se sigan las pautas que Colombia Compra Eficiente establece para determinar esta característica.

Ahora, Colombia Compra Eficiente (en adelante CCE) instaura seis componentes de lo que configura la reconocida idoneidad que exige el Decreto y lo hace desde la página 12 hasta la página 16 de la Guía para la contratación con ESALES. El primero de ellos es que haya correspondencia del objeto de la ESAL y el programa o actividad prevista en el plan de desarrollo y esto debe estar manifestado en los estatutos de la misma, pues debe surgir de la voluntad de los fundadores de la misma el área de interés en la que desean que se desenvuelva. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

El segundo, exige que el personal de la ESAL cuente con capacidad para cumplir con el plan de desarrollo del contrato y esto puede medirse, entre otros, con indicadores de permanencia de los colaboradores. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

El tercer elemento es la experiencia, y ésta requiere necesariamente que se estudie cuáles son los recursos que quedarían comprometidos en la ejecución del contrato, los posibles riesgos y si definitivamente la mejor forma de lograr los resultados que se esperan es contratando con este tipo de entidad. Todo esto da una noción de la complejidad del proyecto y según CCE, la experiencia que debe ser exigida por la entidad tiene que ser necesariamente proporcional a dicha complejidad. Este es un requisito que debe ser documentado tanto por la Entidad Estatal (evaluando los resultados de los contratos), como por la ESAL (archivando su desempeño) y debe estar relacionado con el éxito de la misma en programas que sean afines o similares con el objeto a desarrollar. Finalmente, la Guía de contratación con ESALES de CCE indica que las normas generales de contratación pública son aplicables a estos contratos en lo que no esté previsto en el Decreto 092 de 2017 (artículo 8 del mismo), por lo que también se podrá acreditar la experiencia de los fundadores de la ESAL o quien sea su matriz y esto aportará a la acreditación de este requisito. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

El cuarto componente de la reconocida idoneidad es la estructura organizacional, pues según CCE es la que muestra la madurez de la organización y el manejo de su estructura interna. Así, la Entidad Estatal debe poder observar políticas internas de la ESAL que muestren el manejo de este tema y la Guía de contratación con ESALES da como ejemplos de esto; la política de manejo de riesgos, la política de conflictos de interés, la auditoría de los estados financieros, entre otros. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

El quinto elemento se compone de indicadores de eficiencia de la organización, pues según CCE son aquellos indicadores financieros los que permiten reflejar el grado de madurez de los proyectos misionales que desarrollan las ESALES. Estos indicadores, deben variar según lo complejo que sea el objeto contratado y dentro de ellos la Guía señala, por ejemplo; la calificación de régimen tributario especial, la eficiencia en el gasto y la eficacia del esfuerzo de la ESAL para conseguir contribuciones del sector privado. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

Finalmente, la Guía de contratación con ESALES, señala la reputación como el sexto elemento a tener en cuenta para determinar que una entidad cuenta con una reconocida idoneidad. Esta buena reputación la debe tener en el Sistema de Compra Pública y en los grupos de interés de la ESAL. Aunque para determinarla, la Entidad Estatal debe recopilar toda la información que esté disponible acerca de las actividades y desempeño de la entidad con la que se pretende contratar y está en su juicio la sana crítica y la evaluación de la misma. Esta valoración de la reputación, se puede hacer documentando la respuesta a encuestas que se le hagan al público que ha sido objeto de la intervención y que incluyan preguntas como por ejemplo; si el nombre de la ESAL les es familiar, si creen que ha sido bien administrada, cómo perciben la calidad de los programas que desarrolla, su credibilidad e innovación, entre otros. La guía admite que éste es un elemento subjetivo, pero explica que su propósito es determinar cuál es la perspectiva colectiva acerca de los resultados que proporciona la ESAL. En este punto, también se incluye la posibilidad de revisar los antecedentes fiscales, disciplinarios y penales correspondientes a los administradores de la entidad privada con la que se pretenda contratar. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

El artículo 4 del Decreto se refiere al proceso competitivo de selección del contratista, cuando haya más de una ESAL de reconocida idoneidad en el mercado. Así, explica que cuando haya más de una entidad que ofrezca el programa o actividad de interés público que se quiere



implementar, la Entidad Estatal deberá adelantar un proceso competitivo para seleccionar la ESAL con la que pretende contratar. En este proceso de selección se deberán surtir las siguientes fases que señala el Decreto 092:

1. La Entidad Estatal deberá definir según sus prioridades los indicadores de idoneidad, experiencia y eficacia, eficiencia, economía en el manejo del riesgo, ponderación de ofertas y además, deberá publicarlo. (Presidencia de la República, 2017).
2. Luego, deberá definir el plazo que entienda razonable para que las ESALES que están en el mercado requerido, presenten sus ofertas y los documentos que acreditan su reconocida idoneidad. (Presidencia de la República, 2017).
3. Finalmente, la Entidad Estatal deberá evaluar las ofertas según los criterios definidos en la primera fase de este proceso. (Presidente de la República de Colombia, 2017).

El artículo indica que excepcionalmente, las Entidades Estales no están obligadas a adelantar este proceso cuando el objeto a contratar corresponda a actividades culturales, deportivas o artísticas, que solo pueden ser desarrolladas por personas específicas. Esto debe ser documentado y debidamente justificado.

La Guía de contratación aclara que este proceso busca revisar y evaluar la reputación personal de los administradores, miembros de junta o del órgano colegiado, para cerciorarse de que éstos no estén involucrados en conflictos de interés, con respecto al desarrollo de sus funciones ni al objeto del futuro contrato y además, que ninguno de ellos se encuentre inhabilitado para contratar con el Estado.

El artículo 5 del Decreto 092, continúa la regulación refiriéndose a la asociación que pueden hacer las Entidades Estatales con ESALES para cumplir actividades propias de las primeras.

Esto es posible, en virtud del artículo 96 de la Ley 489 de 1.998 y por lo tanto, esta figura se utiliza para el desarrollo conjunto de actividades relacionadas con los cometidos y funciones que le asigne la Ley a las diferentes Entidades Estatales. También, señala que los recursos que se utilicen por esta asociación pueden ser propios de la ESAL o pueden provenir de la cooperación internacional. Cuando hay más de una ESAL que ofrezca comprometer sus recursos en una porción igual o mayor al 30% del valor total del convenio a suscribir, la Entidad Estatal debe seleccionar al contratista de forma objetiva y justificando sus criterios para hacerlo.

El artículo 6 del Decreto explica que las prohibiciones, inhabilidades e incompatibilidades previstas en la Ley 80 de 1.993, Ley 1.150 de 2.007, Ley 1474 de 2.011, entre otras, son aplicables en los contratos que se rigen bajo el presente Decreto.

El siguiente artículo establece que los principios generales de la contratación estatal (aquellos establecidos en el Estatuto General de Contratación Estatal) y las normas presupuestales, son aplicables a la contratación prevista con ESALES del presente Decreto. Lo anterior, implica entonces tener en cuenta que las normas de publicidad son de obligatorio cumplimiento, que la actividad contractual y los documentos del proceso deben ser publicados en el SECOP y que la ESAL deberá entregar la información correspondiente a los subcontratos que suscriba en desarrollo del objeto contratado a la Entidad Estatal y ésta publicarla en el SECOP.

El artículo 8 establece que, así como los principios, las normas generales del sistema de contratación pública son aplicables a los contratos que se suscriban bajo la regulación del Decreto 092 de 2.017.<sup>18</sup>

---

<sup>18</sup> Según el Doctor Luis Guillermo Dávila los contratos estatales son bilaterales, onerosos, conmutativos, solemnes, típicos o atípicos, de ejecución instantánea o sucesiva y señala que

El artículo 9 dispone que todos los contratos que se suscriban con Entidades Estatales en virtud del artículo 355 de la Constitución Política y del presente Decreto, deban ser registrados en el SECOP y también, que el medio idóneo para acreditar estos contratos en cuanto a su eficiencia, idoneidad, eficacia, economía y manejo de riesgos sea este mismo sistema. CCE señala que estos contratos deben registrarse en la versión 2 del SECOP, que es la plataforma transaccional del Sistema Electrónico para la Contratación Pública. Además, señala que las ESALES deben registrarse en el SECOP II incluyendo ahí todos los documentos que registran las decisiones de contratación de las mismas. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

En el siguiente artículo (artículo 10) se establece que las Entidades Estatales no requieren la inscripción de las ESALES en el Registro Único de Proponentes para contratar en virtud del presente Decreto.

Finalmente, en el artículo 11 establece que el Decreto 092 de 2.017 entra en vigencia el 1 de junio de 2017 y deroga la anterior regulación compuesta por el Decreto 777 de 1.992, el Decreto 1403 de 1.992 y Decreto 2459 de 1.993.

**c. Proceso de Contratación de una Entidad Privada Sin Ánimo de Lucro – Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad (Colombia Compra Eficiente, 2017)**

Colombia Compra Eficiente desarrolla el Decreto 092 de 2.017 y establece el proceso que deben surtir las entidades públicas para la contratación con ESALES. Así, en el texto de la Guía para

---

generalmente no son *intuitu personae*. Sin embargo, la Ley 80 de 1993, en su artículo 41 señala que los contratos estatales son *intuitu personae*, lo que conlleva a que pueda existir la figura de la subcontratación, mas no la cesión del mismo salvo que así lo autorice el contratante, es decir, el Estado. (Congreso de la República, 1993).

la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad, supone que éste se compone de 3 etapas; planeación, selección y finalmente, ejecución y liquidación. Durante el desarrollo de ese proceso se hay que tener en cuenta que todos los documentos del proceso necesariamente se deben publicar en el SECOP y que además, cada contrato celebrado bajo esta regulación necesita contar con autorización exclusivamente del representante legal de la Entidad Estatal.

La primera etapa consiste en la planeación, en ésta la Entidad Estatal estudia el sector económico en el que se encuentra el programa o actividad previstos en el plan de desarrollo que se piensa ejecutar en conjunto con una ESAL y lo que es finalmente la base de la contratación a través del Decreto 092 de 2.017, es decir, un procedimiento especial de contratación. En este orden de ideas, es aquí donde la Entidad Estatal observa que la ESAL o ESALES que encuentra en el mercado, cumplen con la reconocida idoneidad y las condiciones que trae el artículo 2 del Decreto mencionado, en cuanto a la correspondencia del objeto, a la falta de una potencial relación conmutativa y se asegura que en el mercado de bienes y servicios no haya oferta del objeto a contratar o que si la hay, contratar con una ESAL represente una optimización de recursos y por lo tanto, sea la opción más efectiva. Todos estos análisis deben quedar documentados y deben mostrar cuál es la situación de la comunidad que se pretende beneficiar y cuáles son los resultados que se esperan. Para ello, la Guía de Contratación de la CCE señala que debe estudiarse la complejidad social, la fuente de recursos y la cantidad de ellos que la Entidad Estatal está dispuesta a aportar, las metas del proyecto u objeto a desarrollar, los mecanismos de seguimiento y los criterios de evaluación para implementar al final de su ejecución. Aquí también se deben prever los posibles riesgos durante la ejecución del programa y los mecanismos para mitigarlos, dentro de los cuales están: garantías de cumplimiento,

cláusulas de renegociación, cláusulas de terminación anticipada y las que se consideren apropiadas para asegurarse que los recursos entregados son destinados efectivamente para los fines buscados. En esta etapa no solo debe figurar la estructura general a seguir para ejecutar el proyecto, sino que debe establecerse puntualmente el cronograma a seguir, dentro del cual debe haber un periodo de tiempo destinado a recibir comentarios y solicitudes de información adicional, que a la vez debe corresponder a la complejidad del proyecto.

La siguiente etapa es la etapa de selección, en donde la Entidad Estatal examina la reputación de los administradores, miembros de junta u órgano colegiado, tal y como se explicó previamente en el desarrollo del artículo 4 del Decreto 092 de 2.017.

La tercera etapa es denominada de ejecución y liquidación. Durante la ejecución del contrato, lo que se hace es cumplir objetivos de la política pública que esté desarrollando la Entidad Estatal y simultáneamente, ésta hace un seguimiento pormenorizado de ello. Al finalizar la ejecución, lo que se hace es evaluar el desempeño de la ESAL en cuanto a metas, criterios de nivel de servicio o calidad y mecanismos de verificación, determinando la efectividad de la misma en esta etapa del contrato y así mismo, observando los resultados y las dificultades del programa que se llevó a cabo. Esta valoración debe ser archivada en un documento llamado “Evaluación”, que es publicado en el SECOP para que en futuras ocasiones sea considerado por Entidades Estatales interesadas en contratar con dicha entidad privada. Finalmente, esta evaluación debe incluir la participación de la comunidad beneficiada por el objeto ejecutado, en la que se exprese la opinión acerca de la efectividad del mismo. Esto, se puede hacer a través de la encuesta que trae la Guía de Contratación con ESALES para identificar la reputación de la ESAL contratada.

Para terminar, es necesario hacer mención a dos aspectos que trae la Guía en desarrollo. El primero de ellos, es cuando hay en el mercado más de una ESAL que ofrezca el objeto demandado por la Entidad Estatal, caso en el cual habrá un proceso competitivo entre ellas para saber cuál es la más adecuada para ejecutar el objeto a contratar. Este proceso no cuenta con incentivos netamente económicos, sino que por el contrario, busca identificar qué entidad podrá cumplir mejor las expectativas de los donantes y grupos de interés del futuro contrato. Es por esta razón que en las etapas de planeación y selección se presentan las siguientes particularidades:

1. En la etapa de planeación, los Documentos del Proceso deben indicar las bases para seleccionar la ESAL dentro de los cuales deben estar por ejemplo; aquellos aspectos que garantizan mejores resultados del objeto contratado (que consiste en el programa a desarrollar), si tiene o no recursos que provengan de fuentes diferentes al aporte financiero contribuido por la Entidad Estatal, o cualquier otro criterio que la misma encuentre aplicable.

La Guía señala también que el proceso competitivo entre ESALES se compone de 3 fases: “(...) *(i) definición y publicación de los indicadores de idoneidad, experiencia, eficacia, eficiencia, economía y de manejo del Riesgo y los criterios de ponderación para comparar las ofertas; (ii) definición de un plazo razonable para que las entidades privadas sin ánimo de lucro de reconocida idoneidad presenten sus ofertas y los documentos que acrediten su idoneidad; y (iii) evaluación de acuerdo con los criterios definidos para el efecto.*”. (Colombia Compra Eficiente, 2017).

2. Ahora, en cuanto a la etapa de selección, CCE señala que ésta no tiene que ser competitiva cuando, aunque haya más de una ESAL ofreciendo el producto, se trate de actividades culturales, artísticas, deportivas, intuitiva personal, o en pro de la diversidad étnica del país.

El segundo aspecto que aclara esta Guía de Contratación, es que el proceso de contratación aquí expuesta, así como el Decreto 092 de 2017, aplica a toda la contratación hecha con ESALES por parte de Entidades que hagan parte del gobierno nacional, departamental o distrital, haciendo uso de los recursos públicos previstos en el presupuesto. Por esta razón, la normatividad dispuesta en dicho reglamento será adoptada independientemente de que los recursos aportados provengan de la Entidad Estatal originalmente, del Sistema General de Participaciones, del Sistema General de Regalías o de una Entidad Estatal en virtud de un convenio interadministrativo.

### **III. Aplicabilidad del régimen de contratación estatal con ESALES a la contratación con organismos multilaterales**

Bajo el entendido de que el Estado colombiano cuenta con autonomía de la voluntad privada para contratar a través de sus entidades con personas naturales o jurídicas, públicas, privadas o incluso internacionales y, que es por medio de esta contratación que el mismo consigue los fines constitucionales de la Carta Política de 1993, se puede observar que también otra forma de alcanzar los mismos es a través de la relación que Colombia tiene con otros países y que desarrolla por ejemplo, a través de la cooperación internacional. Cabe entonces la posibilidad de que el Estado haga uso de su autonomía para contratar, en aras de la cooperación internacional, con un organismo internacional que revista la naturaleza de entidad sin ánimo de lucro. En esta medida, siempre que el Estado contrate con una ESAL y cada uno aporte bienes

y servicios para el desarrollo de un objeto común, habrá un contrato de cooperación técnica así la entidad sea internacional (Corte Constitucional. Sentencia C-239 , 2006), pues lo importante es que este negocio jurídico no sea oneroso y por lo tanto, no genere ninguna contraprestación que consista en el pago de recursos públicos.

Bajo este escenario, para determinar cuál es la forma más favorable de selección de contratistas en los casos en que el Estado colombiano pretenda celebrar un contrato con una entidad sin ánimo de lucro de carácter internacional, es necesario determinar cuál es la regulación aplicable para estos casos, y esto se concreta en por qué la misma sería el Decreto 092 de 2.017 y no lo dispuesto por el artículo 20 de la Ley 1.150 de 2.007, como se propone a continuación.

Para armonizar entonces las posibles regulaciones existentes en la actualidad para los contratos de entidades estatales con organismos multilaterales, las cuales fueron desarrolladas en capítulos anteriores, esta investigación sugiere el siguiente escenario de aplicación partiendo del Estatuto General de Contratación y el Decreto 092 de 2.017:

1. Cuando el contrato que pretenda celebrar la Entidad Estatal con un organismo internacional, consista en un empréstito y en esa medida, implique que éste último le provea a la Entidad Estatal recursos en moneda extranjera con un plazo específico para su pago<sup>19</sup>, este negocio jurídico configurará una causal de contratación directa, tal y como lo indica el literal b del numeral 4 del segundo artículo de la ley 1.150 de 2.007, en lo referente a las modalidades de selección del contratista. En esta medida, aplicará entonces para este caso el Estatuto General de Contratación y la selección del contratista al ser directa, aunque deberá garantizar que se

---

<sup>19</sup> **“Artículo 7º Contratos de empréstito.** Son contratos de empréstito los que tienen por objeto proveer a la Entidad Estatal contratante de recursos en moneda nacional o extranjera con plazo para su pago.” (Presidencia de la República, 1993).



cumplan los principios de contratación y de selección objetiva,<sup>20</sup> no requerirá convocatoria pública. Esto, bajo la primicia de que el organismo internacional con el que se contrate no tenga la calidad de entidad sin ánimo de lucro.<sup>21</sup>

2. Por el contrario, cuando el contrato que vaya a celebrar el Estado con un organismo internacional consista en una donación, se deberá determinar si este último reviste o no la calidad de entidad sin ánimo de lucro. Así, en caso de que no lo sea, ese negocio jurídico que se originaría, estaría sujeto a la regulación de la Ley 1.150 de 2.007 y en esa medida, la forma de selección del contratista estará sujeta necesariamente a la norma del artículo 20 de esta disposición y por lo tanto, si el contrato se va a financiar en su totalidad o en un porcentaje superior al 50% con fondos que sean de propiedad de esa entidad internacional, se podrán aplicar los reglamentos internos de ésta al proceso de selección del contratista, a la etapa de ejecución del contrato y así mismo, a su liquidación. Sin embargo, cuando esa financiación sea inferior al 50%, el contrato y la forma de seleccionar al contratista, estarán sometidos a la Ley 80 de 1.993 y requerirá de un proceso público en el cual haya convocatoria y licitación públicas.

Por el contrario, cuando la Entidad Estatal vaya a contratar con una organización internacional que sea una entidad sin ánimo de lucro, se deberá realizar un estudio detallado para determinar si el contrato próximo a celebrar cumple con los tres requisitos indispensables que señala el Decreto 092 de 2.017 para que el mismo sea aplicable. Así, se examinará si el objeto a contratar

---

<sup>20</sup> Artículo 2, Decreto 855 de 1.994.

<sup>21</sup> En esta relación hay aplicabilidad del Decreto Único Reglamentario del Sector de Hacienda y Crédito Público, en la medida en que el mismo regula lo relacionado con la definición, formulación y ejecución de la política económica de Colombia, tal y como lo indica el artículo 1.1.1.1 del D. 1068 de 2015. Sin embargo, los contratos de empréstito externo no están delegados en cabeza del Ministro de Hacienda y Crédito Público, por lo que deberán ser suscritos directamente por el Presidente de la República (Artículo 2.2.1.5) y así, sería éste quien aplicaría directamente lo propuesto en este numeral. Decreto 1068 de 2015.

corresponde con actividades de interés público que estén previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo y que están diseñados para promover el cumplimiento de los derechos de personas y poblaciones en debilidad manifiesta o se trate de temas culturales, se verificará también que en el mercado no exista una oferta de bienes o servicios requeridos para el objeto a contratar, o si llegase a existir, que la oferta presentada por la ESAL internacional represente la mayor optimización de recursos públicos. Finalmente, aunque el contrato que surgirá a la vida jurídica se denomine una donación, es necesario verificar que efectivamente éste no implique de ninguna manera una relación conmutativa entre la Entidad Estatal y la entidad extranjera o internacional sin ánimo de lucro. Así pues, no puede existir una contraprestación directa ni instrucciones asignadas por alguna de las partes para el cumplimiento del objeto contratado (Presidencia de la República, 2017). De ser así, los requisitos exigidos por el Decreto 092 para ser aplicado se observarían y por lo tanto, sería aplicable directamente a estos contratos.

En este orden de ideas, para estos contratos el proceso de selección de la ESAL internacional con la que se vaya a contratar, estaría sujeto a factores indispensables a la luz del Decreto 092. Por lo tanto, se adelantaría un proceso especial de contratación en el cual, durante el desarrollo de sus las tres etapas (planeación, selección, ejecución y liquidación) sería indispensable observar y certificar la reconocida idoneidad de la entidad internacional que configuraría como parte en el negocio, tal y como lo exige la Guía de contratación con este tipo de entidades de CCE en sus páginas 12 – 16, en el capítulo IV (Colombia Compra Eficiente, 2017). Así mismo, la Entidad Estatal tendría que cerciorarse de que la idoneidad de la ESAL se configure por la eficacia, eficiencia, economía en el manejo del riesgo para desarrollar el objeto a contratar e incluso y por otra parte, que la reputación de su personal administrativo sea la apropiada para ejecutar el proyecto, sin presencia de ningún conflicto de interés.

3. Ahora bien, cuando la Entidad Estatal pretenda contratar con una entidad sin ánimo de lucro de origen extranjero o internacional, pero ese contrato no sea gratuito y por lo tanto, implique una relación conmutativa, este negocio jurídico deberá celebrarse según lo dispuesto en el artículo 20 de la Ley 1.150 de 2.007, tal y como se hace en el escenario planteado en el anterior numeral cuando la organización con la que se contrata no es una ESAL. Aquí, aunque el elemento subjetivo de aplicación del Decreto 092 que regula la contratación con entidades sin ánimo de lucro se cumpliría, no estarían completos todos los requisitos necesarios para que le fuera aplicable esta regulación especial expedida por el Gobierno Nacional en el 2.017.

Este escenario se puede plantear debido a dos aspectos principales que deben ser mencionados a continuación.

El primero de ellos, consiste en que las entidades sin ánimo de lucro de origen extranjero o internacional, cuando contratan con una Entidad Estatal colombiana para desarrollar un objeto contractual dentro del marco de cooperación internacional, lo que persigue en últimas es beneficiar a la población del lugar donde se ejecute el proyecto. Lo anterior cobra importancia, en la medida en que se tenga presente que la Asamblea Constituyente lo que buscaba con el artículo 355 de la Constitución Política de 1.991, al prohibir los auxilios parlamentarios, era evitar que se burlasen las instituciones para darle paso a la discrecionalidad de quienes los otorgaban y aplicaban, sin que de ninguna manera se perjudicara las actividades benéficas previstas en los planes de desarrollo, y es por esta razón que prevé la contratación con ESALES como una solución para que se continuara con la ejecución de los mismos<sup>22</sup>.

---

<sup>22</sup> *“Para iniciar una aproximación al sistema jurídico colombiano en torno al Artículo 355 de la Constitución Nacional de 1991 y su reglamentación frente a la contratación pública entre entidades gubernamentales y las ESAL, se hace necesario explicitar los antecedentes del Artículo 355 de la*

En este orden de ideas, la contratación estatal con ESALES internacionales surge como una respuesta a la necesidad que había de armonizar la situación planteada. Esto, debido a que la ESAL contribuye a que el Estado ejecute proyectos en aras del bienestar social, y a su vez, cumple con el cometido que la Constitución Política de 1.991 le exige de tener una posición activa frente al desarrollo cultural del país, en aras de la nueva concepción que al respecto trajo la Carta.

Por otra parte, la Entidad Estatal puede utilizar los parámetros del Decreto 092 de 2.017 como herramientas para asegurarse que la entidad sin ánimo de lucro, aunque sea internacional o extranjera, cuente con la idoneidad suficiente con respecto a la capacidad técnica y administrativa para desarrollar el objeto a contratar y también, para verificar la destinación de los recursos invertidos en él. Adicionalmente, es importante tener en cuenta que hay una alta probabilidad que estas ESALES cumplan con los tres requisitos indispensables para que esta regulación opere. Lo anterior, no solo porque este tipo de entidades suelen ser lo suficientemente eficientes y actualizadas para actuar a nivel internacional y para proponer ofertas que representen una optimización de recursos, sino que además algunas de ellas tienen como fin desarrollar proyectos humanitarios y actividades de interés público, y por lo tanto, coincidirá el objeto del contrato con los programas previstos en el Plan Nacional o seccional de Desarrollo. Para finalizar, el último requisito consistente en que no haya una relación conmutativa, se puede perfeccionar en la medida en que, tal y como lo explica la Guía de Contratación Estatal para Convenios de Cooperación Internacional, existen los Convenios de Donación con Organismos Internacionales, que tienen como característica principal ser un contrato gratuito donde no hay

---

*Constitución Nacional de 1991, entendiéndose que éste pretende poner fin a las dificultades evidenciadas con los auxilios parlamentarios a cargo de los congresistas, diputados y concejales del país.” (Barragán Moreno, 2015).*

contraprestación alguna. Este negocio jurídico se perfecciona bajo el mismo esquema de donación que dispone el Código Civil colombiano, en el cual hay un donante que realiza la donación aportando algo de su patrimonio y un donatario, a favor de quien esta se lleva a cabo. Ahora, si la donación se hace en el marco de la cooperación internacional, la caracterizará por un lado, que implica una obligación modal pues los bienes que se entregan tienen una destinación específica y un fin previsto, y en caso de que el donatario los cambie, el donante podrá rescindir el contrato, y por otro, que las obligaciones que estén en cabeza del donatario serán de medio y no de resultado. (Alcandía Mayor de Bogotá, 2012).

Así entonces, en la medida en que se pueda comprobar que se va a cumplir con las disposiciones constitucionales y además, con los factores indiscutibles para ser aplicado el Decreto de contratación estatal con ESALES, este tipo de contratos suple el propósito del artículo 355 de la Constitución a través de la cooperación técnica que se desprende de ellos, y al mismo tiempo, lleva a cabo una cooperación a nivel internacional en donde, aunque las partes buscan un fin conjunto, respetan la soberanía nacional, la autodeterminación del Estado Colombiano y la equidad.

El segundo aspecto, consiste en que la contratación del Estado con ESALES internacionales o extranjeras es una respuesta, e incluso un cumplimiento, al principio del debido proceso que dispone la Constitución Política de 1.991 en los artículos 29.6 y 209. Aunque éste configure también en la Carta como un derecho fundamental complejo, en la medida en que incluye varias garantías para proteger la autonomía y libertad de los individuos que hacen parte de la población colombiana y además, establece límites al poder público, es necesario recordar que tal y como lo señala la sentencia C-034 de 2014, estas garantías deben ser extendidas a todas las actuaciones administrativas para que estas siempre se lleven a cabo dentro de parámetros normativos que

han sido previamente establecidos y que buscan evitar a toda costa la arbitrariedad. (Corte Constitucional. Sentencia C-034, 2014).

*De otro lado, con anterioridad a la expedición de la Ley 1150 de 2007 que se refirió de manera expresa al derecho del debido proceso en materia contractual, la Ley 80 de 1993 en sus artículos 23 y 77, ya remitía a los principios del derecho administrativo al establecer su aplicación en materia contractual y ordenaba que, en cuanto sean compatibles con la finalidad y los principios de la ley de contratación, las normas que rigen los procedimientos y actuaciones en la función administrativa sean aplicadas en las actuaciones contractuales, en el entendido de que también éstas corresponden al ejercicio de la función administrativa, toda vez que se hallan encaminadas a la obtención de bienes, obras, servicios, etc., que requieren las entidades para el cumplimiento de los objetivos y deberes estatales, orientados a su vez a la satisfacción del interés general. (Consejo de Estado. Radicación: SIII E 24743, 2013).*

En este orden de ideas, el debido proceso no solamente actúa como un orientador de toda la Carta Política y es un complejo de garantías personales que se aplican en los procesos judiciales, sino que, se extiende a las actuaciones administrativas en todas sus formas. Así, esta prerrogativa debe permear todo proceso de contratación que adelante el Estado, incluyendo la contratación con entidades sin ánimo de lucro internacionales o extranjeras. En realidad que no haya una causal de contratación directa para este tipo de contratos cuando hay una donación de por medio, y que por otro lado, haya una regulación detallada de cómo contratar con ESALES, solo da paso a que se usen las disposiciones del Decreto 092 de 2.017 a favor de tener un proceso claro, justo y respetuoso para quienes son partes del mismo.

En otras palabras, esta propuesta de aplicación normativa lo que hace es dar respuesta a algo que no está especificado en ley colombiana, pero que sí puede ser complementado con la regulación expedida a nivel nacional, en este caso con el Decreto de contratación con ESALES. Esta normativa no solamente armoniza la situación explícita en esta investigación, sino que da herramientas suficientes para garantizar un proceso de selección de contratistas, de contratación y liquidación lo suficientemente desarrollado para que se contrate con ESALES internacionales o extranjeras y se logre que cada una de las decisiones que toma la Administración al respecto de este proceso de fe de la motivación, las razones, la intención e incluso las pruebas con que lo hace. No se puede dejar de un lado que el Estado actúa a través de actos administrativos y por lo tanto, también en los procesos que se adelanten para que las Entidades Estatales contraten con este tipo de entidades, debe haber espacio para que las partes tengan derecho a ser oídos, defender sus intereses, aportar pruebas y controvertir las decisiones que estos otorgan. (Consejo de Estado. Radicación: SIII E 24743, 2013).

La actividad de una ESAL internacional o extranjera en Colombia que se lleva a cabo a través de contratos suscritos con el Estado, se debe dar dentro de los parámetros tanto de la cooperación internacional, como de la regulación colombiana en materia de contratación estatal. Esta investigación propone la aplicación del Decreto 092 de 2017 como una respuesta integral para ello, pues esta regulación no solo respeta los principios de la primera, sino que brinda seguridad jurídica al dar parámetros claros de contratación usando la regulación ya expedida en Colombia y da cumplimiento al debido proceso.

#### **IV. Conclusión**

El objetivo principal de esta investigación se planteó desde un principio en determinar cuál puede ser la forma de selección de contratistas más favorable cuando estos sean organismos multilaterales o personas de derecho público internacional y los contratos a suscribir con los mismos tengan un aporte que sea menor al 50% de los recursos del mismo. Esto, en la medida en que no se advierte en la disposición del artículo 20 de la Ley 1150 de 2007 una causal de contratación directa que así lo permita. Por su parte, las entidades sin ánimo de lucro de origen internacional o privado configuran como uno de estos organismos que actúan a su vez dentro de un marco de cooperación, asistencia o ayuda internacional.

A nuestro juicio, la vigencia del Decreto 092 de 2017 implica la creación de un procedimiento expreso para la contratación con entidades sin ánimo de lucro, nacionales o internacionales, por lo cual si se requiere la celebración de un contrato de aquellos regulados por el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, el procedimiento de selección debe ceñirse a los establecido en aquel en caso de que se observen los requisitos exigidos para que sea aplicable, ya que de éste no se desprende una causal de contratación directa.

La importancia de la aplicación del procedimiento expreso que aquí se propone, consiste en limitar regulaciones injustificadamente amplias que dan pie a la presencia de inseguridad jurídica en el ámbito de contratación estatal. Esto se refleja principalmente en la corrupción; uno de los problemas que más afecta al país en la actualidad. Lo que este estudio pretende finalmente es aportar en cierta medida a construir respuestas a la necesidad de darle una solución efectiva a este asunto.

La Corporación Transparencia por Colombia es una organización sin ánimo de lucro que lidera la lucha integral contra la corrupción tanto en el ámbito público como en el privado y hace parte



del Capítulo Transparencia Internacional<sup>23</sup>. Para lograr su misión, esta organización diferencia el concepto de corrupción y el de riesgos de corrupción administrativa así:

*Para este ejercicio la corrupción es entendida como “el abuso de poder o de confianza por parte de un actor para obtener beneficios personales o de un grupo determinado de poder, en detrimento de los intereses colectivos”<sup>1</sup>. Mientras que los riesgos de corrupción administrativa hacen referencia a condiciones institucionales y prácticas de las autoridades públicas que pueden favorecer la ocurrencia de hechos de corrupción. (Transparencia por Colombia, 2018).*

A la luz de este trabajo, la falta de precisión legal y procedimental para llevar a cabo la contratación entre el Estado y las ESALES de origen extranjero, genera un vacío legal que puede dar lugar a riesgos de corrupción, que a su vez, pueden finalizar en hechos de corrupción. Esta es finalmente la realidad del país y cabe aclarar que, la facilidad de que esto suceda se desprende además de la debilidad en el seguimiento de normas, protocolos y controles, es decir, en la institucionalidad. (Transparencia por Colombia, 2018).

Lo anterior es finalmente lo que le da importancia en la actualidad a la aplicación del Decreto 092 de 2.017 para este tipo de contratación, pues es una propuesta para disminuir la viabilidad de actos de corrupción en este asunto y es útil en la medida en que esta regulación exige claridad en la destinación de los recursos e incluso en la verificación de que la misma se dé en debida forma, tal y como se señaló en los capítulos anteriores. Sin embargo, cabe resaltar que el éxito de este aporte para generar vías en aras de darle solución al atroz problema de corrupción

---

15. Es una organización sin ánimo de lucro creada en 1998, cuya misión es “liderar desde la sociedad civil la lucha integral contra la corrupción y por la transparencia, en lo público y en lo privado, para promover una ciudadanía activa, fortalecer las instituciones y consolidar nuestra democracia”.

depende de que haya una real, completa y legal aplicación del Decreto anteriormente mencionado y estudiado pues de lo contrario quedará como una de las tantas regulaciones que adolecen de vida jurídica y práctica en Colombia.

## V. Bibliografía

### 1. Normas:

#### a. Constitución:

- i. Corte Constitucional, Consejo Superior de la Judicatura, CENDOJ, BELM. (2016). *Constitución Política de Colombia 1991 Actualizada con los Actos Legislativos a 2016*. Obtenido de Normatividad: <http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>
- ii. Asamblea Constituyente. (1991). *Constitución Política de 1991. Constitución Política comentada* . Bogotá, Colombia: Temis-decimoctava edición.

#### b. Leyes:

- i. Congreso de la República. (23 de 09 de 1993). *Exposición de Motivos 80 de 1993 Nivel Nacional. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992*. Bogotá D.C., Colombia: Secretaría Jurídica de la

Alcaldía Mayor de Bogotá D.C. Obtenido de Alcaldía Mayor de Bogotá.

- iii. Congreso de la República de Colombia. (28 de 10 de 1993). Ley 80 de 1993. *Por el cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública*. Colombia: Diario Oficial.
- iv. Congreso de la República de Colombia. (16 de 06 de 2007). Ley 1150 de 2007. *Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos*. Colombia: Diario Oficial No. 46.691
- v. Congreso de la República. (15 de 04 de 1887). Ley 57 de 1887. *Sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*. Colombia: Diario Oficial.

c. Decretos:

- i. Presidencia de la República. (18 de agosto de 1975). Decreto 1670 de 1975. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la Nación y sus entidades descentralizadas. Colombia: Diario Oficial No. 34388.
- ii. Presidencia de la República. (27 de enero de 1976). Decreto 150 de 1976. Por el cual se dictan normas para la celebración de contratos por parte de la nación y sus entidades descentralizadas. Colombia: Diario Oficial No. 34.570.

- iii. Presidencia de la República. (2 de 02 de 1983). Decreto 222 de 1983. *Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones.* Colombia: Diario Oficial No. 36.189.
- iv. Presidencia de la República de Colombia. (2 de febrero de 1983). Decreto 222 de 1983. Por medio del cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones. Colombia: Diario Oficial No. 36.189.
- v. Presidencia de la República de Colombia. (29 de 12 de 1993). Decreto 2681 de 1993. *Por el cual se reglamentan parcialmente las operaciones de crédito público, las de manejo de la deuda pública, sus asimiladas y conexos y la contratación directa de las mismas.* Colombia. Diario Oficial No. 41159
- vi. Presidencia de la República de Colombia. (17 de 07 de 2013). Decreto 1510 de 2013 Nivel Nacional. *Por el cual se reglamenta el sistema de compras y contratación pública.* Colombia: Diario Oficial 48854.
- vii. Presidencia de la República. (23 de enero de 2017). Decreto 092 DE 2017. *Por el cual se reglamenta la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro a la que hace referencia el inciso segundo del artículo 355 de la Constitución Política.* Colombia.

## **2. Jurisprudencia:**

- a. Corte Constitucional:

- i. Corte Constitucional. (24 de marzo de 1994). C-152 de 1994. [MP: Jorge Arango Mejía]
- ii. Corte Constitucional. (25 de agosto de 1994). C-372 de 1994. [MP: Vladimiro Naranjo Mesa]
- iii. Corte Constitucional. (10 de noviembre de 1994). C-506 de 1994. [MP: Fabio Morón Díaz]
- iv. Corte Constitucional. (11 de mayo de 1995). C-205 de 1995. [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]
- v. Corte Constitucional. (6 de junio de 1996). C-251 de 1996. [MP: Alejandro Martínez Caballero]
- vi. Corte Constitucional. (19 de marzo de 1997). C-154 de 1997. [MP: Hernando Herrera Vergara]
- vii. Corte Constitucional. (9 de septiembre de 1997). C-671 de 1997. [MP: Alfredo Beltrán Sierra]
- viii. Corte Constitucional. (10 de marzo de 1999). C-152 de 1999. [MP: Eduardo Cifuentes Muñoz]
- ix. Corte Constitucional. (3 de septiembre de 2002). C-712 de 2002. [MP: Álvaro Tafur Galvis]

- x. Corte Constitucional. (16 de marzo de 2004). C-249 de 2004. [MP: Jaime Araujo Rentería]
- xi. Corte Constitucional. (29 de marzo de 2006). C-239 de 2006. [MP: Jaime Córdoba Triviño]
- xii. Corte Constitucional. (5 de julio de 2001). C-710 de 2001. [MP: Jaime Córdoba Triviño]
- xiii. Corte Constitucional. (21 de mayo de 2008). C-507 de 2008. [MP: Jaime Córdoba Triviño]
- xiv. Corte Constitucional. (13 de mayo de 2009). C-324 de 2009. [MP: Juan Carlos Henao Pérez]
- xv. Corte Constitucional. (29 de enero de 2014). C-034 de 2014. [MP: Maria Victoria Calle Correa]

b. Consejo de Estado:

- i. Consejo de Estado. (18 de noviembre de 2008). Radicación: Concepto. 11001-03-06-000-2008-00078-00(1926). [MP: Luis Fernando Álvarez Jaramillo].
- ii. Consejo de Estado. (17 de noviembre de 1995). Radicación: 739.
- iii. Consejo de Estado. (14 de septiembre de 2000). Radicación: 12962 [MP: Gustavo Sánchez Ríos]

- iv. Consejo de Estado. (20 de febrero de 2006). Radicación: 4969.
- v. Consejo de Estado. (3 de diciembre de 2007). Radicación: Sentencia, 11001-03-23-000-2003-00014-01(24715). [MP: Ruth Stella Correa Palacio].
- vi. Consejo de Estado. (25 de febrero de 2009). Radicación: Sentencia, 85001-23-31-000-1997-00374-01(15797) [MP: Myriam Guerrero Escobar].
- vii. Consejo de Estado. (20 de mayo de 2010). Radicación: Concepto, 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). [MP: Enrique José Arboleda Perdomo].
- viii. Consejo de Estado. (8 de febrero de 2012). Radicación: Concepto, 11001-03-06-000-2010-00034-00(1992). [MP: Enrique José Arboleda Perdomo].
- ix. Consejo de Estado. (12 de febrero de 2013). Radicación: Sentencia, SIII E 24743. [MP: Danilo Rojas Betancourth]
- x. Consejo de Estado. (14 de marzo de 2013). Radicación: Sentencia, 44001-23-31-000-1999-00827-01(24059) [MP: Mauricio Fajardo Gómez]
- xi. Consejo de Estado. (29 de julio de 2013). Radicación: Sentencia, 25000-23-26-000-1995-01712-01(17757) [MP: Danilo Rojas Betancourth]
- xii. Consejo de Estado. (2 de mayo de 2016). Radicación: Sentencia, 20882582900123-31-000-2002-01142-01 37066. [MP: Stella Conto Díaz del Castillo].

### 3. Doctrina:

- i. Acosta, G. O. (2005). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Bogotá: Temis.
- ii. Barragán Moreno, J. M. (2015). Trabajo de grado para optar al título de Magister en Derecho Público. *La contratación pública sujeta al artículo 355 constitucional de entidades sin ánimo de lucro en el distrito capital*. Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia: Universidad Santo Tomás de Colombia.
- iii. Berrocal Guerrero, L.E. (2009). *Manual del acto administrativo según la ley, la jurisprudencia y la doctrina*. Bogotá, D.C., Librería ediciones del profesional Ltda.
- iv. Chaves-Villada, J. E. (2015). El desarrollo del debido proceso en las actuaciones administrativas para la formación de contratos estatales. *Vniversitas*, 130, 91-134.
- v. Escobar Gil, R. A. (2000). *Teoría general de los contratos de la administración pública*. Bogotá Legis Editores, 1999.
- vi. FORTICH, S. (2012). Solus consensus obligat: principio general para el derecho privado de los contratos. *Revista De Derecho Privado (0123-4366)*, (23), 191-207.
- vii. Fuente, C. L., Campos, C. A., Becerra, A. H., & Ureña, J. M. (1992). *Interpretación y Génesis de la Constitución de Colombia*. Bogotá: Cámara de Comercio.
- viii. Gómez Lee, I. D. (2012). *El derecho de la contratación pública en Colombia*. Bogotá: Legis Editores S.A.



- ix. Jaramillo Jaramillo, C. I. (1982). *La Naturaleza Contractual de la Donación*.
- x. Marienhoff, Miguel S, Tratado de derecho administrativo, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1966.
- xi. Palacio Hincapié, J. Á. (2010). *La contratación de las entidades estatales*. Medellín Librería Jurídica Sánchez R., 2010.
- xii. Pardo Posada, N. E. (2011). Los principios de igualdad y reciprocidad en ofertas extranjera vs. las mipymes en contratación estatal: un límite a la globalización. *Saber, Ciencia Y Libertad*, 6(1), 75-87.
- xiii. Rincón, A. J. (2015). Universidad Militar Nueva Granada. Los constantes cambios en la regulación de la contratación estatal en Colombia y su problemática jurídica. Colombia: Facultad de Posgrados en Derecho.
- xiv. Shing-I, L. (2009). El principio de reciprocidad y la globalización del derecho desde la perspectiva de la regla de oro. *Persona Y Derecho*, (60), 19-27.
- xv. Suárez Beltrán, G. (2007). Reforma al Estatuto General de Contratación de la Administración Pública`. Bogotá, Colombia: Legis Editores S.A.
- xvi. Suescun Melo, J. (1995). *La aplicación del Postulado de la Autonomía de la Voluntad en la contratación de las entidades estatales*.
- xvii. Vinuesa, L. G. (2016). *Régimen jurídico de la Contratación*. Bogotá: Legis.

#### 4. Otras:

- i. Alcandía Mayor de Bogotá. (octubre de 2012). Guía de contratación estatal. *Convenios de Cooperación Internacional* . Bogotá D.C., Bogotá D.C., Colombia: Imprenta Distrital.
- ii. Colombia Compra Eficiente. (11 de 09 de 2015). *Colombia Compra Eficiente*. Obtenido de ¿Qué es Colombia Compra Eficiente?: <https://colombiacompra.gov.co/content/que-es-colombia-compra-eficiente> Colombia Compra Eficiente. (18 de 11 de 2016). *Colombia Compra Eficiente*. Obtenido de Guía para las Entidades Estatales con régimen especial de contratación: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_para\\_ee\\_con\\_regimen\\_especial\\_de\\_contratacion\\_0.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_para_ee_con_regimen_especial_de_contratacion_0.pdf)
- iii. Colombia Compra Eficiente. (2017). Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad. Recuperado el 27 de 06 de 2018, de Colombia Compra Eficiente: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_esal.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf)
- iv. Colombia Compra Eficiente. (20 de junio de 2016). Motivos del Proyecto. Recuperado el 24 de mayo de 2017, de Colombia Compra Eficiente: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/20160620motivos.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/20160620motivos.pdf)

- v. Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Colombia Compra Eficiente. Recuperado el 15 de 08 de 2018, de Mitos y verdades de la aplicación del Decreto 092 de 2017: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/mitos-y-verdades-de-la-aplicacion-del-decreto-092-de-2017>
- vi. Colombia Compra Eficiente. (s.f.). Colombia Compra Eficiente. Recuperado el 20 de 08 de 2018, de Guía para la contratación con entidades privadas sin ánimo de lucro y de reconocida idoneidad: [https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce\\_public/files/cce\\_documents/cce\\_guia\\_esal.pdf](https://www.colombiacompra.gov.co/sites/cce_public/files/cce_documents/cce_guia_esal.pdf)
- vii. CONPES - Consejo Nacional de Política Económica y Social. (03 de 06 de 2015). Documento CONPES. *Concepto favorable a la nación para contratar empréstitos externos de libre destinación y rápido desembolso con entidades financieras internacionales, organismos multilaterales, entidades presupuestales prioritarias del gobierno nacional*. Bogotá.
- viii. Transparencia por Colombia. (2018). Índice de transparencia de las entidades públicas. Recuperado el 22 de 11 de 2018, de Nosotros: <http://www.indicedetransparencia.org.co/Nosotros>